



MESTRADO EM DIREITO E SEGURANÇA

Dissertação de Mestrado

**Criminalidade organizada e a colaboração premiada no
Brasil: entre a segurança pública e a dignidade do
arguido**

Autor: **Vitor Anhoque Cavalcanti** (nº 004840)

Orientador: Prof. Doutor Frederico de Lacerda da Costa Pinto

Lisboa, 13 de maio de 2018

Universidade Nova de Lisboa

Faculdade de Direito

**Criminalidade organizada e a colaboração premiada no
Brasil: entre a segurança pública e a dignidade do
arguido**

Dissertação de mestrado apresentada na
Faculdade de Direito da Universidade Nova de
Lisboa como exigência parcial para obtenção
do grau de mestre em Direito e Segurança.

Autor: Vitor Anhoque Cavalcanti.

Orientador: Professor Doutor Frederico de
Lacerda da Costa Pinto.

Lisboa

2018

Declaro que o texto apresentado é da minha exclusiva autoria e que toda a utilização de contribuições ou textos alheios está devidamente referenciada (art. 13º do Regulamento nº 402/2016). Declaro ainda que o corpo da dissertação, com espaços e notas, ocupa um total de 245.084 (duzentos e quarenta e cinco mil e oitenta e quatro) caracteres, em obediência ao limite estipulado pelo artigo 7º, nº 4 do Regulamento nº 402/2016 (350 000 caracteres).

À minha Milena, pelo amor incondicional, paciência e compreensão da importância desse momento. À nossa Alice, tão esperada e amada. A Deus, antes de tudo, pelo que tenho e sou.

Resumo

A adaptação das organizações criminosas à nova realidade global impulsiona um modelo empresarial dinâmico de exploração de atividades lícitas e ilícitas, a infiltrar-se no aparelho estatal para garantir imunidade penal e aumento dos lucros. Por outro lado, os meios tradicionais de resposta estatal não oferecem soluções preventivas e repressivas adequadas porque estão ligados a delitos de repercussão individual, num contexto de Estado por vezes burocrático e corrupto. No Brasil o acordo de colaboração processual premiada tem suas raízes em experiências estrangeiras e busca o avanço que se espera do aparelho estatal, distinto dos tradicionais meios de recolha de provas. Mas a legitimidade do instituto depende da capacidade de equacionar a tensão entre o interesse fundamental coletivo à segurança e as liberdades do arguido membro de organização criminosa no contexto de um sistema processual acusatório público, de tradições europeias continentais. Portanto, sob o filtro da proporcionalidade propomos analisar alguns desafios à validade e eficácia da colaboração processual premiada, em especial sua (in)compatibilidade com princípios caros ao processo penal brasileiro (igualdade, ofensividade e obrigatoriedade da ação penal), a validade da renúncia a direitos fundamentais, a ética instrutória, os limites do acordo e seus efeitos na esfera civil. Ao final proporemos sugestões interpretativas e limites de aplicação ao instituto dentro dos quais será compatível com os objetivos de combate às organizações criminosas.

Palavras chave: organização criminosa, colaboração premiada, direitos fundamentais, sistema acusatório, segurança pública, igualdade, proporcionalidade.

Abstract

The adaptation of criminal organizations to the new global reality drives a dynamic and agile business model of exploitation of their licit and illicit activities, infiltrating and corrupting the state apparatus to guarantee criminal immunity and increased profits. On the other hand, traditional means of state response do not offer adequate preventive and repressive solutions for they are intimately linked to the prosecution of individual crimes in a state context often bureaucratic and corrupt. Inspired in foreign experiences, in Brazil the rewarded procedural collaboration agreement intends to play a role of developing the state apparatus in criminal prosecution of mass crimes, distinct from the traditional means of collecting evidence. But the legitimacy and effectiveness of the institute depends on its ability to serve a procedural balance between the societies fundamental interests (security) and the individual rights of the defendant member of a criminal organization, without abandoning the premises of a public accusatory criminal procedure system, descended from continental European traditions. Therefore, we propose to analyze, under the filter of reasonableness, some dogmatic and operational challenges to the validity and effectiveness of the reward process, in particular its (in)compatibility to principles that are dear to Brazilian's criminal procedure (punishment, equality, Offensiveness and Counter Offensiveness), the constitutional validity of procedural renunciation of fundamental rights, instructional ethics, negotiating limits and possible effects in the civil sphere.. In the end, it seeks to propose application and interpretative parameters in the Brazilian context of criminal prosecution against criminal organizations, within which the institute is compatible to the objectives of balanced and functional engagement against the criminal reality upon which it is proposed.

Keywords: Criminal organization, procedural collaboration, fundamental rights, accusatory system, public safety, equality, proportionality.

Índice

Introdução

Parte I - A nova criminalidade organizada na perspectiva do Estado de Direito

- 1 Desafios estatais face à moderna e multifacetada delinquência organizada**
- 2 A construção social do conceito e seus reflexos na tutela penal**
- 3 A convenção de Palermo e a repercussão no ordenamento brasileiro**
- 4 A nova face do crime organizado – uma proposta para a persecução penal**
- 5 Conclusão**

Parte II - Colaboração premiada no Estado constitucional brasileiro – tensão entre direitos fundamentais

1 Aspectos preliminares

- 1.1 A colaboração premiada no sistema processual penal acusatório público
- 1.2 Notas sobre a evolução histórica da justiça penal negociada
- 1.3 Breves apontamentos sobre o acordo penal contra organizações criminosas

no direito comparado

- 1.3.1 Estados Unidos
- 1.3.2 Itália
- 1.3.3 Portugal

2 Colaboração processual premiada no Brasil: subterfúgio para opressão ou imaculada evolução securitária?

- 2.1 A proporcionalidade como vetor interpretativo
- 2.2 Natureza jurídica do instituto, valor probatório, eficácia do acordo e limites à capacidade negocial.
- 2.3 A lógica da desigualdade punitiva: os princípios da contra-ofensividade e da isonomia
- 2.4 (In)Compatibilidade da colaboração premiada com o princípio da obrigatoriedade da ação penal e com a discricionariedade do *adversarial system*

2.5 A colaboração premiada como atestado de ineficiência estatal: um mito construído a partir da “ética associativa” e seus reflexos no valor da prova

2.6 A vontade do arguido: renúncia a direitos fundamentais?

2.7 Eficácia do acordo penal na esfera civil de responsabilidade

3 Conclusões

Referências

Anexo I

Lista de Abreviaturas

ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

AgR – Agravo Regimental

AI – Agravo de Instrumento

CFB – Constituição Federal Brasileira

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPB – Código Penal Brasileiro

CPP – Código de Processo Penal

CPPB – Código de Processo Penal Brasileiro

ECHR - *European Court of Human Rights*

EUA – Estados Unidos da América

FBI – *Federal Bureau of Investigation*

GTB – *Global Terrorism Database*

HC – *Habeas Corpus*

ITU - *International Telecommunication Union*

LIA – Lei de Improbidade Administrativa

MC – Medida Cautelar

MP – Ministério Público

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

OEA – Organização dos Estados Americanos

ONU – Organização das Nações Unidas

RExt – Recurso Extraordinário

RHC – Recurso em Habeas Corpus

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TRF5 – Tribunal Regional Federal da 5ª Região

TJ/PR – Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

“Um dia os juristas irão ocupar-se do direito premial. E farão isso quando, pressionados pelas necessidades práticas, conseguirem introduzir a matéria premial dentro do direito, isto é, fora da mera faculdade do arbítrio. Delimitando-o com regras precisas, nem tanto no interesse do aspirante ao prêmio, mas, sobretudo, no interesse superior da coletividade¹”.

¹ Ihering, 1997, p. 67.

Introdução

A vontade e a necessidade de estudar o tema que direciona este trabalho surgiu ainda em 2014.

Em novembro daquele ano fui convidado pela chefia do Ministério Público para deixar minhas atividades no interior do estado do Espírito Santo e exercer com exclusividade atribuição pela qual guardo especial predileção: a persecução penal contra a criminalidade organizada. Na companhia de valerosos colegas começava então a dar os primeiros passos no GAECO – Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado².

Foi nesse intenso período que me deparei com uma realidade investigativa sensivelmente diversa daquela que imaginava encontrar em um órgão especial de investigação e que, por vezes, é construída no imaginário popular pelos meios de comunicação. Nada que desabone o comprometimento dos nossos agentes públicos ou a disposição da instituição em fomentar a cruzada contra os novos fenômenos criminais. Aliás, isso é o que ainda nos garante alguns bons resultados e a sobrevivência da persecução criminal num Estado que surpreende por sua hipossuficiência estrutural.

Fato é que as organizações criminosas atuais estão adaptadas à realidade globalizada, dinâmica e ágil, com vítimas difusas e indeterminadas, bem como danos normalmente públicos e de difícil quantificação. Estão também atentas à nova realidade tecnológica, pelo que suas atividades lícitas e ilícitas são exploradas como profissão, em modelo empresarial, a infiltrarem-se no aparelho estatal para garantir imunidade penal e aumento dos lucros.

² Os Grupos de Atuação Especial Contra o Crime Organizado (GAECO's) das unidades federativas integram, em conjunto, o GNCOC - Grupo Nacional de Combate às Organizações Criminosas, criado em 2002 após o assassinato do Promotor de Justiça de Francisco José Lins do Rêgo Santos durante investigação das máfias dos combustíveis. Trabalham de maneira integrada com as polícias civil, militar, federal e rodoviária federal, Abin (Agência Brasileira de Inteligência), Fazendas Públicas Federal e Estadual, Agência Nacional de Petróleo, entre outros órgãos. Disponível em < <http://www.cnpq.org.br/index.php/gncoc-menu>>. Acesso em 19/12/2017.

Por outro lado, os meios de resposta do Estado são insuficientes porque foram pensados para a proteção de bens jurídicos individuais (vida, propriedade, honra, dignidade sexual) e porque são reféns de uma cultura de burocracia e corrupção de agentes públicos que limita a evolução da máquina estatal.

Combater organizações criminosas é acostumar-se a frustrações. Exigem um grande esforço persecutório e um tempo de maturação investigativa mais prolongado, mas ainda assim nos escapam por entre os dedos, como que por deboche. O aumento do esforço com diminuição das potencialidades é a lógica autodestrutiva da qual o Estado não consegue se libertar. Contrária àquela que conduz o mundo moderno.

O acordo de colaboração processual premiada foi regulado no Brasil pela lei 12.850/13³ como instrumento que busca premiar o membro de organização criminosa arrependido que colabore com as investigações mediante prévio entendimento com o Estado, desde que concorde em renunciar ao exercício de algumas garantias individuais.

Trata-se de instituto que busca suas raízes nas experiências norte americana e italiana, mas tem características próprias pensadas para o modelo processual brasileiro. Tem um menor apelo retrospectivo - como tradicionalmente é a investigação criminal -, e possibilita uma postura estatal mais dinâmica no combate à criminalidade organizada. Portanto, merece atenção porque é um sinal do avanço que se espera do Estado.

Mas é preciso cuidado para que a ansiedade por soluções apressadas e alimentadas pela pressão social e midiática não comprometa a análise responsável do instituto.

³ Anexo I.

Isso porque ao celebrar um acordo de colaboração premiada o arguido renuncia ao exercício de liberdades fundamentais, como o direito ao silêncio, de não autoincriminação, e presunção de inocência, por exemplo, em benefício da segurança pública. É preciso saber até que ponto o instituto não ultrapassa os limites constitucionais.

A nossa proposta é sugerir soluções interpretativas a algumas controvérsias jurídicas sobre o acordo. Questões como o conflito com os princípios da igualdade, da contra-ofensividade, da obrigatoriedade da ação penal, por exemplo, serão abordados na segunda parte do trabalho porque estão no centro dos debates sobre a necessidade ou não de nos aproximarmos do modelo *adversarial* do *common law* anglo-saxão como forma de evitar incompatibilidades entre a colaboração premiada e o modelo romano-germânico.

A segunda parte ainda abordará os limites éticos da colaboração na perspectiva de um Estado que deposita confiança em indivíduos marcados pela infidelidade associativa, bem como a possibilidade ou não de renúncia pelo arguido a direitos fundamentais. Trataremos dos efeitos do acordo na esfera civil de responsabilidade e alguns limites da negociação, natureza do acordo e validade da prova. Para além de uma abordagem analítica, buscaremos uma postura crítica e propositiva, sob a ótica do direito brasileiro posto e da experiência estrangeira.

Antes, porém, é preciso descrever brevemente o fenómeno criminológico a que colaboração premiada se presta a desvelar: organizações criminosas. É na primeira parte do trabalho que discorreremos sobre a delinquência organizada, seus contextos social, político e econômico, sua origem e a dificuldade conceitual.

Adiantamos que a hermenêutica constitucional integrativa é a solução para o conflito entre direitos fundamentais (coletivos e individuais), e será o caminho necessário para identificar os limites de cabimento ao instituto, que entendemos deva estar restrito à persecução criminal contra criminalidade organizada ou complexa.

Ainda assim como *ultima ratio*. Quando ineficazes os demais meios de recolha de provas. Por outro lado, na forma como está regulado, é compatível com o modelo acusatório público e se adequa à excepcional hipótese de renúncia voluntária e válida a direitos fundamentais.

A metodologia utilizada foi a jurídico-dogmática, a partir de pesquisa em fontes escritas, bibliográficas (livros, artigos, decisões judiciais) e documentais (leis), analisadas por conteúdo e sistematizadas para comprovação científica da hipótese dedutiva. Apesar de não se tratar de um estudo de direito comparado (jurídico comparativo) haverá breve abordagem da legislação estrangeira, para fins de contextualização.

Justifica-se, portanto, como uma tentativa de aperfeiçoamento pessoal, acadêmico e profissional, e para servir de auxílio aos operadores do direito na busca de soluções a questionamentos judiciais sobre o instituto da colaboração premiada contra organizações criminosas.

PARTE I

A nova criminalidade organizada na perspectiva do Estado de Direito

Buscamos na primeira parte apresentar ao leitor breves apontamentos sobre os desafios à persecução estatal contra as novas formas de delinquência organizada. Tentaremos sugerir critérios gerais para identificar o fenômeno pelo mundo para, já na segunda parte, analisar se a colaboração premiada oferece respostas válidas e eficazes a alguns questionamentos jurídicos, à luz do ordenamento constitucional brasileiro.

1 Desafios estatais face à moderna e multifacetada delinquência organizada

Não importa o contexto social, a idade ou as inclinações ideológicas dos leitores deste trabalho. É difícil identificar quem não se renda às novas tecnologias, ou quem se recorde da época em que nos comunicávamos por carta ou telegrama, ou ainda quando a máquina datilográfica era o meio mais moderno para elaborar documentos. As pessoas dependem cada vez mais de *smartphones*⁴, *tablets* e *internet* sem fio, seja para usar o serviço de táxi, comprar produtos, alugar carros ou reservar acomodações em hotéis, educar os filhos, participar de cursos e, principalmente, ganhar dinheiro. O mundo evoluiu, e com ele evoluiu a delinquência organizada.

A sociedade de massa e a evolução tecnológica contribuem para que sofisticadas organizações criminosas sejam cada vez mais flexíveis e dinâmicas, no contexto de um Estado obsoleto e burocrático⁵.

Por outro lado, a globalização tem o potencial de gerar em Estados fracos espaços de mercado desregulados. Isso porque as organizações criminosas se

⁴ Segundo dados da *ITU*, agência das Nações Unidas especializada em tecnologia da informação e comunicação, em diversos países o número de celulares é superior ao de habitantes. Mais informações e dados estatísticos disponíveis em: < www.itu.in >. Acesso em 14/11/2016.

⁵ Braz, 2009, p. 270.

fortalecem quando atuam em paralelo a Estados desorganizados e incapazes de prover direitos sociais⁶.

E elas estão cada vez mais próximas do nosso dia à dia. É bem provável que já tenhamos consumido produtos ou serviços de locais sustentados por organizações criminosas (casas noturnas, postos de combustível, lojas de veículos, bares e restaurantes, por exemplo). Elas influenciam meios de comunicação e financiam eleições e estudos de futuros agentes públicos. Mas cobram fidelidade como pagamento⁷. Não raro compram a gratidão e o silêncio de moradores do território dominado, com alimentação, transporte ou consultas médicas, por exemplo. É a situação de diversas cidades brasileiras nas quais moradores confiam sua segurança a organizações criminosas por acreditarem que elas são mais eficientes que o Estado na prestação de serviços essenciais⁸.

As organizações criminosas mudaram ao longo do tempo a forma como se estruturam internamente, a funcionar como verdadeiras empresas. Há divisão de tarefas entre seus membros e diferentes competências para garantir maior eficiência nos seus dois objetivos principais: vantagem financeira e posições de poder^{9/10}. Operam em escala global enquanto o Estado mantém-se firme no propósito de lidar com o fenômeno de forma isolada.

É o que ocorre com branqueamento de capitais, que é condição de sobrevivência de qualquer organização criminosa¹¹. O processo de branqueamento pode envolver vários grupos criminosos distintos sem vínculo claro entre si, a dificultar a persecução

⁶ Varese, 2013, p. 10.

⁷ Garcia, 2010, p. 241.

⁸ Levantamento realizado em 2014 pelo jornal carioca O GLOBO, a partir de dados da Secretaria de Segurança Pública do Rio de Janeiro, relevaram que as “milícias privadas” (grupos paramilitares organizados para exploração indevida de produtos e serviços, públicos ou privados, mediante coativa contraprestação pecuniária), já àquela época, agiam em 36 dos 92 municípios cariocas, incluindo 51 bairros da capital, e mantém contínua expansão. Disponível em: < <http://oglobo.globo.com/rio/levantamento-do-globo-revela-que-milicias-ja-agem-em-36-municipios-do-estado-do-rio-13931365> >. Acesso em 23/11/2016.

⁹ Kinzig, 2000, p. 268.

¹⁰ Paoli, 2000, p. 106.

¹¹ Sanctis, 2015, p. 24.

penal¹². A atividade em princípio lícita e penalmente irrelevante de uma organização criminosa num país apenas fará sentido se analisada em conjunto com provas obtidas em investigações feitas por outros países, por vezes com legislações diferentes sobre o mesmo fenómeno.

Quando os lucros ilícitos voltam ao mercado, haverá desequilíbrio económico que colocará em risco a saúde financeira daqueles que preferiram a legalidade¹³. Portanto, atacar a capacidade económica das organizações criminosas significa fragilizá-las naquilo que confiam como principal fonte de impunidade e poder: o capital.

Ademais, por corromperem os mecanismos de decisão política¹⁴, oferecem risco ao Estado democrático de direito e à independência dos Poderes¹⁵, uma vez que o cidadão estará submetido a leis, decisões judiciais e atos administrativos viciados na origem. Trata-se, porém, de relação quase imperceptível ao cidadão comum porque os *white collar crimes*¹⁶ não têm vítimas aparentes ou corpo de delito identificado¹⁷.

A manutenção de uma estrutura empresarial e de um suporte financeiro ilícito (tráfico de drogas¹⁸, de armas, de pessoas, homicídios) exige uma rede de conexões com o Estado para garantir a impunidade ao longo do tempo¹⁹. É essa relação de dependência entre poderes criminosos públicos e privados a responsável pelo

¹² Sanctis, 2015, p. 25.

¹³ Borges, 2015, p. 130.

¹⁴ Braz, 2009, p. 261.

¹⁵ Art. 2º da CFB. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

¹⁶ Expressão consagrada por Edwin Sutherland, na sua obra *White-Collar Crime – The Uncut Version*. “A delinquência de colarinho branco no mundo dos negócios se manifesta sobretudo sob a forma de manipulação de dados financeiros de companhias, declarações falsas de mercadorias, subornos comerciais, corrupção de funcionários realizada direta ou indiretamente para conseguir contratos e leis favoráveis, tergiversação dos anúncios e da arte de vender, desfalques e malversação de recursos, fraudes em pesos e medidas, ou fraudes fiscais e desvios de recursos por funcionários e consignatários” (Sutherland, 1983, pp. 219–225).

¹⁷ Braz, 2009, p. 275.

¹⁸ Segundo a ONU, o tráfico de drogas gera lucros às Organizações Criminosas Transnacionais estimados em 300 a 500 bilhões de dólares ao ano (Nações Unidas, 2004, p. 53).

¹⁹ Tokatlián, 2000, pp. 58–60.

nascimento das máfias, que são organizações criminosas hipertrofiadas e *superorganizadas*²⁰.

O desafio é modernizar a estrutura da persecução penal e garantir segurança ao cidadão sem abandonar a proteção ao núcleo essencial dos direitos do homem²¹ e às liberdades negativas contra o Estado²².

“Portanto, os fatores de perturbação sistemática que decorrem das novidades várias nos regimes jurídicos das organizações criminosas são inúmeros e desencadeiam, sobretudo, a necessidade de uma ponderação de bens jurídicos e da adoção de técnicas que potenciem a eficiência da punição sem destruir o núcleo das garantias penais: da harmonização no espaço de legislações penais nacionais condicionadas por vários instrumentos internacionais ou da adoção de medidas processuais justificadas quer pela opacidade de conduta quer pela necessidade de proteção dos denunciantes”²³.

2 A construção social do conceito e seus reflexos na tutela penal

As organizações criminosas sofrem influência do ambiente social e cultural da comunidade em que atuam. Portanto, são mutáveis e dinâmicas²⁴.

²⁰ Sobre o tema Federico Varese lembra que em 1950 membros da máfia italiana *Ndrangheta* migraram para a região de *Piemonte*, ao norte da Itália, e penetraram no setor de construção civil de algumas cidades no entorno de Turim, valendo-se da corrupção de agentes públicos ligados ao setor de contratações públicas, e ali se estabeleceram e adquiriram extraordinária influência (Varese, 2013, p. 5).

²¹ “É um triunfo da liberdade, quando as leis criminais tiram cada pena da natureza particular de cada crime. Toda a arbitrariedade acaba; a pena não vem mais do capricho do legislador, mas da natureza da coisa; e não é o homem que faz a violência do homem” (Montesquieu, 2005, p. 199).

²² Torráo, 2000, p. 40–43 e 58. “Nunca é fácil garantir segurança. Não o é, sobretudo, em sociedades como as actuais, cada dia mais marcadas pela complexidade das ligações estabelecidas entre um número crescente de entidades sempre mais diversificadas – e nas quais quantas vezes assimetrias grosseiras minam os processos de coesão, solidariedade e interdependência social, que tão imprescindíveis sabemos ser para uma qualquer construção dessa segurança de maneira eficaz, sustida e sustentável” (Marques Guedes, 2009, pp. 44–45).

²³ Santos, Bidino e Melo, 2009, pp. 8–9.

²⁴ Garrido, Stangeland e Redondo, 1999, p. 648.

Porém, é possível dizer que o surgimento das máfias na Europa e na Ásia, em especial a máfia italiana²⁵, foi determinante para o que hoje entendemos sobre organizações criminosas.

Como regra, as máfias são identificadas por uma estrutura empresarial com normas claras sobre a hierarquia, metas, níveis de liderança, valores e padrões de comportamento. São fenômenos notabilizados pela profunda rede de conexões com os setores público e privado, lícito e ilícito, a garantir perpetuação das atividades. Quanto maior a organização e o poder econômico do grupo, tanto mais próximo do conceito de máfia estará a organização criminosa. *Um Estado no Estado, o regime no regime*²⁶.

Segundo as tradições sicilianas o termo “máfia” relaciona-se à bravura, à honradez e à coragem dos homens que protegiam as terras da nobreza, posteriormente considerados insurgentes e insubordinados. Há quem entenda que a “máfia é um estado de ânimo, uma filosofia de vida, uma concepção da sociedade, um código moral, uma suscetibilidade própria dos sicilianos. A força e respeitabilidade advém da violência, nunca da observância à lei”²⁷.

As máfias não têm ideais políticos. São criadas para gerar lucro e poder pela corrupção e extorsão, como medidas de silêncio e obediência. Exploram também o mercado internacional para aumentar os rendimentos e explorar novas formas de branqueamento do capital por operações cada vez mais complexas ao controle estatal²⁸.

²⁵ Silva, 2003, p. 19.

²⁶ Paoli, 2000, p. 87.

²⁷ Montoya, 2007, p. 5.

²⁸ Ardizzone, 2000, p. 187. A *Cosa Nostra* (Sicília), *Camorra* (província de Campania – Nápoles), *N'Drangheta* (Reggio Calabria) e a *Sacra Corona Unita* (Puglia) são os grupos mafiosos mais conhecidos na Itália. A *Ndrangheta*, por exemplo, é um grupo formado por cerca de 90-95 *famiglie* de mafiosos localizados na região da Calabria meridional, com ramificações na Itália centro setentrional, no norte da Europa e em diversos países extra europeus (por exemplo Canadá e Austrália) (Paoli, 2000, p. 89). A etimologia da palavra *Ndrangheta* vem do grego *andragathos*, a significar homem bravo e desafiador. Outra palavra de origem grega é *ndrina* (homem que não se curva) e se refere a unidade básica de uma associação, e equivale as *famiglie mafiosi*. Curiosamente, desde 1950 os *capi* da *Ndrangheta* tem mantido um encontro anual chamado *crimini*, no Santuário de Polsi, entre setembro e outubro (a data exata é constantemente modificada), quando então

Os contextos socioeconômicos de miséria, segregação e marginalização são ideais para o recrutamento de novos associados. A fidelidade quase fraternal entre eles e o auxílio mútuo são também traços característicos. É o que revelou o *pentito* Tommaso Buscetta, ao sustentar que “*la protezione e la salvaguarda dei propri affari, il sostegno reciproco nella difesa degli interessi economici e di potere erano il vero cemento da Cosa Nostra*”²⁹.

O magistrado Giovanni Falcone, considerado por alguns “o pior inimigo”³⁰ da *Cosa Nostra* durante as décadas de 80 e 90, destaca que “*a Cosa Nostra não é um anti-Estado, mas, sim, uma organização paralela que tenta aproveitar as distorções do desenvolvimento econômico para trabalhar na ilegalidade*”³¹. São provedoras de governança extralegal e proteção aos mercados lícito e ilícito, quando o Estado não regulamenta adequadamente as relações de trabalho e comércio^{32/33}.

Portanto, um fenômeno tão relacionado às realidades social e econômica de uma comunidade carrega uma natural complexidade que desafia o legislador a buscar um conceito estável que legitime a persecução penal³⁴. E nos limites do presente estudo, a análise da colaboração premiada depende da identificação do fenômeno na lei.

todos os chefes devem prestar contas das atividades do ano e dos eventos mais importantes em cada território, como sequestros e homicídios (Varese, 2013, p. 31).

²⁹ Arlacchi, 1994, p. 22.

³⁰ Recomendamos a leitura da obra “Coisas da *Cosa Nostra* – a máfia vista por seu pior inimigo” (Padovani e Falcone, 2012).

³¹ Falcone, 1994.

³² Gambetta, 1988. Curioso constatar que a democracia, com regras claras de mercado e de proteção da propriedade, é a melhor forma de combater as máfias, mas é também paradoxal. Cria um mercado para um específico produto que não nasceu para ser comercializado: o voto (Varese, 2013, pp. 195–196).

³³ O nome – *Cosa Nostra* – refere-se ao ritual de iniciação de novo membro, necessariamente acompanhado de um homem de honra (membro do grupo) que o apresenta como *Cosa Nostra* (coisa nossa) aos demais integrantes da máfia, até que adquira confiança e experiência suficientes para cuidar de si próprio. Os primeiros sinais da existência da máfia siciliana datam de 1830, quando cada fraternidade tinha fundo próprio, e membros que variavam desde proprietários de terra locais, pessoas comuns e até padres. Um dos serviços prestados era a recuperação e devolução de bens furtados, em especial de gado. “Eram pequenos governos dentro do governo” (Gambetta, 1988, p. 161).

³⁴ Braz, 2009, p. 266.

Se, por um lado, um conceito fechado fossiliza-se no tempo, por outro, a predominância de cláusulas gerais e conceitos indeterminados corre o risco de abranger qualquer modalidade de agrupamento de criminosos, ainda que desorganizado ou não permanente.

É o que destaca Hassemer³⁵, para quem “é útil estabelecer uma distinção entre criminalidade comum e criminalidade organizada para que não sejam estabelecidas formas de perseguição iguais para uma e outra situação. Por outro lado, a direção da política criminal pressupõe que esse tipo de organização seja identificado juridicamente com o fim de possibilitar mecanismos não só de controle, mas, também, de perseguição, uma vez que esta falência pode comprometer todo o ordenamento jurídico e os direitos dos imputados por essas atividades”.

Parte da doutrina entende inclusive que “*a noção de crime organizado é muito mais criminológica do que propriamente jurídica, sendo que seu conceito na doutrina continua a orbitar um espaço de indefinição e com um trajeto impreciso*”³⁶.

Trata-se de fenômeno multidisciplinar que remete a um comportamento criminal de diversos membros fortemente organizados para cometer crimes e obter lucro³⁷, a explorar a velocidade das trocas de informações³⁸, a cibertecnologia, a rede mundial de computadores e a facilidade de tráfego internacional de pessoas e coisas em *países sem fronteiras*³⁹.

Roxin destaca, porém, que “não existe um conceito de criminalidade organizada juridicamente claro, com mínima capacidade de consenso. Tão somente dispomos de heterogêneas descrições sobre um fenômeno que até agora não tem sido abordado com precisão”⁴⁰.

³⁵ apud Montoya, 2007, p. 185.

³⁶ Lemos Junior e Oliveira, 2014.

³⁷ Ardizzone, 2000, p. 181.

³⁸ “Quando a imagem de Nelson Mandela nos pode ser mais familiar do que a do vizinho que mora na porta ao lado, é porque qualquer coisa mudou no nosso cotidiano” (Rodrigues, 2003, p. 30).

³⁹ Silva Sánchez, 2001, pp. 81–90.

⁴⁰ Roxin, 1998, p. 65.

É por essa razão que concordamos que “o problema não está tanto no conceito de criminalidade, mas sim no de ‘organização’”⁴¹, e que é suficiente inserir na lei critérios mínimos e objetivos para identificação do fenômeno. Caberá à doutrina contribuir para a evolução do conceito ao longo do tempo. É nesse ponto que a norma se flexibiliza para acompanhar a dinâmica das organizações criminosas. Trata-se de fenômeno multiforme, e como tal deve ser tratado pela legislação^{42/43}.

3 A convenção de Palermo e a repercussão no ordenamento brasileiro

O Brasil é signatário da convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional, conhecida também como convenção de Palermo⁴⁴. Trata-se de lei que fixa no plano internacional as bases das políticas públicas de prevenção e combate às organizações criminosas, com recomendação específica para que os Estados adotem medidas para encorajar a cooperação com as autoridades por membros de grupos criminosos organizados⁴⁵.

⁴¹ Schneider, 1993, p. 725.

⁴² Ardizzone, 2000, p. 181.

⁴³ “Crime organizado é uma demonstração de um poder paralelo não legitimado pelo povo, que ocupa lacunas deixadas pelas deficiências do Estado democrático de direito e demonstra a falência do modelo estatal de repressão à macro criminalidade” (Gomes, 2009, p. 3). “Falharia o Estado em sua missão de preservar a convivência social e a dignidade da pessoa humana se não adotasse medidas adequadas a coibir as ações que atentam contra ela (...)” (Greco Filho, 2014, p. 9).

⁴⁴ *United Nations Convention against Transnational Organized Crime* (New York, 15/11/2000). Registration Number 39574. UNTS (2225). Signatories: 147. Disponível em: < <https://treaties.un.org> >. Acesso em 20/10/2016.

⁴⁵ Artigo 26: Medidas para intensificar a cooperação com as autoridades competentes para a aplicação da lei. 1. Cada Estado Parte tomará as medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados: a) A fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas, nomeadamente: i) A identidade, natureza, composição, estrutura, localização ou atividades dos grupos criminosos organizados; ii) As conexões, inclusive conexões internacionais, com outros grupos criminosos organizados; iii) As infrações que os grupos criminosos organizados praticaram ou poderão vir a praticar; b) A prestarem ajuda efetiva e concreta às autoridades competentes, susceptível de contribuir para privar os grupos criminosos organizados dos seus recursos ou do produto do crime. 2. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, nos casos pertinentes, de reduzir a pena de que é passível um arguido que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção. 3. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, em conformidade com os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico interno, de conceder imunidade a uma pessoa que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção.

A norma foi incorporada ao direito nacional pelo decreto nº 5.015/2004, quando então o conceito de organizações criminosas foi introduzido no ordenamento brasileiro. O artigo 2º, alínea *a*, define "*Grupo criminoso organizado*" - *grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material*".

Alguns anos depois a lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012, ao tratar dos julgamentos colegiados e das medidas de proteção aos agentes públicos no combate às organizações criminosas, expressamente definiu-as como "*a associação de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional*".

Pouco mais de 1 (um) ano se passou quando foi publicada a lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013⁴⁶, com o específico propósito de definir organização criminosa, os limites da investigação, os meios de obtenção de prova e as infrações correlatas. O artigo 1º, §1º contém o que atualmente se considera criminalidade organizada no Brasil:

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de

⁴⁶ Anexo I.

infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Percebe-se a relativa compatibilidade com o escopo sugerido pela convenção de Palermo. A norma tem caráter atemporal e permite que doutrina e jurisprudência contribuam para a construção do conceito.

4 A nova face do crime organizado – uma proposta para a persecução penal

Vale destacar a classificação proposta pelo jurista e filósofo italiano Luigi Ferrajoli às formas de criminalidade organizada:

a) *criminalidade organizada estruturada por poderes criminais privados* – grupos sem inserção nos poderes estatais, com grande capacidade econômica e muito violentos. Exploram a miséria dos pequenos delinquentes ou dos socialmente mais vulneráveis na atividade ilícita – jovens e desempregados, por exemplo⁴⁷ - para proteger os chefes da organização (v.g, no Brasil, as organizações criminosas autointituladas PCC – Primeiro Comando da Capital e CV – Comando Vermelho);

b) *criminalidade organizada estruturada por poderes econômicos privados* (criminalidade organizada das empresas) – grupo infiltrado no Estado a partir da corrupção de agentes públicos. Formada por empresas organizadas em cartéis fora da estrutura do Estado (organização endógena). Não tem predileção pela violência. A sonegação fiscal, os crimes contra o sistema financeiro e as fraudes em contratos públicos são as principais fontes de lucro;

c) *criminalidade organizada estruturada por agentes públicos* (políticos, prefeitos, magistrados, etc.) – também conhecidas como organizações do “colarinho branco” ou das elites. Nascem dentro do Estado. Por manipularem os poderes do

⁴⁷ Ruggiero (2005) entende que a capacidade financeira do indivíduo ou de um grupo, mesmo que ilícita, aumenta a sua própria esfera de liberdade e condiciona a liberdade dos suposta e socialmente mais vulneráveis.

Estado, ignoram princípios constitucionais (legalidade, moralidade, eficiência, publicidade) e “proscrevem a garantia das garantias, que é a função protetiva jurisdicional”⁴⁸.

Em complemento, *de lege ferenda*, passamos a sugerir características gerais e não cumulativas aos grupos criminosos organizados, para fins de tutela/repressão estatal:

- Estruturação – quanto maior o número de membros, de crimes praticados, de fontes de custeio, quanto maior o poder econômico ou os locais de atuação, tanto mais estruturada será uma organização criminosa, tal qual uma empresa. Será possível visualizar relação hierárquica entre os membros, ainda que informal⁴⁹;
- Permanência ou continuidade – a reunião de pessoas para praticar um delito identificado no tempo e espaço caracteriza o concurso eventual de agentes e não uma organização criminosa;
- Exclusividade–identidade própria, inclusive visual, com rituais e simbologias, formas de saudação, roupas, brasões ou tatuagens, por exemplo⁵⁰;
- Imposição do silêncio (*omertá*) - segredo quanto à própria identidade criminosa. Obtido, em regra, pelo temor da violência física contra si ou contra familiares;
- Controle territorial – vínculo a uma região. Deve-se atentar, porém, que uma organização criminosa transnacional tem a ver com os efeitos materiais dos crimes praticados por ela, não ao espaço territorial dominado^{51/52};

⁴⁸ Bianchini e Gomes, 2013, pp. 176–183.

⁴⁹ Mayor M, 1999, p. 221.

⁵⁰ Montoya, 2007.

⁵¹ Varese, 2013.

⁵² A então Diretora do *Transnational Crime Institute in Washington*, Louise Shelley aponta que “as organizações criminosas internacionais globalizaram as suas atividades pelas mesmas razões que corporações multinacionais legítimas, de tal forma que estabelecem filiais pelo mundo para desfrutarem das vantagens das melhores condições de trabalho mais atrativas e de matérias-primas” (Shelley, 2008). No mesmo sentido: Arquilla e Ronfeldt, 2001, p. 71.

- Finalidade de lucro - característica essencial de qualquer organização criminosa. Distinguem-se das organizações terroristas, cujo objetivo imediato é a promoção do terror, com eventual ideologia política;
- Rede de conexões – relações comerciais ou operacionais entre si e com o poder público para controle da repressão estatal e facilidade de expansão das atividades;
- Recursos tecnológicos sofisticados (telecomunicação, armas, informática) – resultado da globalização, agiliza o trânsito de informações, valores e pessoas. Essencial para o branqueamento de capitais.

5 Conclusão

A união organizada de pessoas com propósito de cometer crimes e auferir lucros pelo menor esforço possível não é um fenômeno recente. E talvez não seja possível identificar no tempo com precisão científica por relacionar-se à própria existência do homem enquanto ser social. Evoluíram juntas, sociedade e criminalidade, a partir de um Estado cada vez mais disposto a massificar os seus propósitos.

As relações humanas são invisíveis, imprevisíveis e dinâmicas. E os crimes se voltam cada vez mais para vítimas difusas, indeterminadas, titulares de um bem jurídico público.

As organizações criminosas são moldadas por esta nova realidade. Ocuparam os espaços deixados pela omissão do Estado, incorporaram novas tecnologias de informação e comunicação. A necessidade de adaptação ao novo *habitat* faz com que suas atividades sejam exploradas de forma cada vez mais profissional, com contornos empresariais⁵³.

⁵³ Pereira, 2013, pp. 70–71.

O ritmo do poder público é outro. Se, por um lado, alguns agentes públicos lutam contra o peso da burocracia que impede evolução dos meios de persecução criminal, por outro, o ambiente público é alvo de células das organizações criminosas interessadas em corromper as estruturas de Poder e manipular as prioridades estatais⁵⁴.

Os meios tradicionais de resposta estatal não oferecem soluções adequadas às novas expressões do crime organizado⁵⁵. Estão ajustados à uma lógica probatória de tutela de bens jurídicos individuais. Impotentes, contudo, num contexto em que é a coletividade a titular do interesse a ser tutelado⁵⁶. “E um processo penal incapaz de funcionar de modo orgânico não representa simplesmente um sistema degradado, mas um verdadeiro não sistema”⁵⁷.

Nesse contexto, para além de um sistema eficiente e ágil, é necessário buscar a compatibilidade entre o direito fundamental à segurança pública e as liberdades individuais do arguido⁵⁸. Trata-se de um processo que dependerá da aplicação responsável e científica do princípio da proporcionalidade.

A colaboração processual premiada merece atenção porque busca exatamente uma parcela do avanço que se espera do Estado, como instrumento distinto dos tradicionais meios de recolha de provas. Opera uma função mais proativa e preventiva, e com menor apelo retrospectivo, como tradicionalmente é a investigação criminal⁵⁹. E pode significar uma solução equilibrada no conflito entre os direitos fundamentais mencionados.

Mas trata-se de um instrumento excepcional, como excepcionais são os crimes que justificam a sua existência, pelo que os sujeitos processuais (juiz, Ministério

⁵⁴ Sanctis, 2015, p. 25.

⁵⁵ Greco Filho, 2014, p. 9.

⁵⁶ Militello, 2000, p. 3.

⁵⁷ Fernandes, 2001, p. 55.

⁵⁸ Fernandes, 2001, p. 12.

⁵⁹ Braz, 2009, p. 336.

Público e defesa) devem identificar a medida da necessidade, da adequação e da proporção em que a colaboração premiada merece ser aplicada. Este é o objetivo com o qual a parte II do presente estudo busca contribuir. Abordar alguns desafios aos aplicadores do direito quando se trata de utilizar a colaboração premiada em investigações contra organizações criminosas. Adiantamos, desde já, que sacrifícios a direitos fundamentais são inevitáveis. Tentaremos identificar o ponto de equilíbrio entre os extremos do excesso e da deficiência da proteção estatal, sem compromisso com verdades absolutas ou conclusões fossilizadas e inflexíveis.

PARTE II

Colaboração premiada no Estado constitucional brasileiro – tensão entre direitos fundamentais

A colaboração premiada é meio de obtenção de prova relativamente recente no Brasil, numa área de interesse sensível à atual persecução criminal no mundo: a criminalidade organizada. Sua virtude é mapear a estrutura clandestina de grupos criminosos organizados, suas hierarquias e lideranças ocultas. Insere-se, porém, num contexto em que as exigências sociais por soluções securitárias modernas e eficientes parecem confrontar liberdades fundamentais dos arguidos⁶⁰.

Nesse contexto, a segunda parte do trabalho tentará oferecer respostas a alguns desafios na aplicação do instituto, como a conformação aos princípios da isonomia, da culpabilidade, da contra-ofensividade e da obrigatoriedade da ação penal, bem como o valor da prova e a (in)compatibilidade do acordo ao modelo processual brasileiro. Tentaremos compreender ainda se é possível a renúncia a direitos fundamentais pelo arguido, ou se o instituto funda-se em bases éticas aceitáveis. O discurso será direcionado pelo filtro da proporcionalidade. Uma breve apresentação do contexto que precede ao instituto no Brasil parece-nos indispensável à compreensão de nossa proposição, e com ela iniciaremos.

1 Aspectos preliminares

1.1 A colaboração premiada no sistema processual penal acusatório público

O modelo acusatório caracteriza-se pela harmonia entre o *ius puniendi* estatal e as liberdades negativas do arguido contra o Estado⁶¹, dentro do procedimento que

⁶⁰ Ross, 2010, pp. 114–123. A abordagem da autora recai sobre o *plea bargaining* norte americano, sensivelmente distinto do instituto que protagoniza o presente estudo, mas as apontadas virtudes e críticas têm pertinência dialética e merecem reflexão.

⁶¹ Costa Pinto, 1998, pp. 25–27.

busca discutir responsabilidades e, se for o caso, restringir liberdades. Tem no processo sua condição de eficácia, porque só nele é possível dividir tarefas sob contraditório entre partes e julgador⁶². Em outras palavras, é com a “participação constitutiva dos sujeitos processuais na declaração do direito do caso”⁶³ que se inicia a relação acusatória.

Luigi Ferrajoli visualiza o sistema acusatório como *“todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rigidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción”*⁶⁴.

Portanto, a estrutura acusatória tem duas características marcantes: a) participação das partes na construção e aplicação do direito, e b) o princípio da acusação, pelo qual deve haver uma distinção material (e não apenas formal) entre o órgão que acusa e aquele que julga⁶⁵.

Os sistemas processuais penais acusatórios dividem-se em três grupos, a saber: a) sistema misto clássico, adotado, por exemplo, por países como França, Bélgica, Argentina, Uruguai, Colômbia e México, segundo o qual a polícia e o Ministério Público comandam a investigação prévia e, em seguida, encaminham ao juízo da instrução não contraditório, presidido por um juiz ou mesmo pelo próprio *Parquet* (Colômbia e México), quando então é realizada a investigação. Em juízo há separação de funções entre acusação, defesa e juiz; b) sistema misto com juizado de instrução contraditório, em países como Espanha e Peru. Conta com uma fase prévia perante o juízo de instrução marcada pela participação do investigado, e a fase judicial com acusação, juiz e defesa em papéis distintos; c) sistema acusatório sem juizado de instrução, com as investigações preliminares destinadas ao Ministério Público,

⁶² Figueiredo Dias, 1989, pp. 40–52.

⁶³ Pimenta, 1991, p. 61.

⁶⁴ Ferrajoli, 1995, p. 564.

⁶⁵ Figueiredo Dias, 1976, pp. 105–106. Ainda: Costa Pinto, 1998, pp. 195–201; Antunes, 2017, p. 71.

conduzidas pelo próprio órgão ou pela polícia. O poder judiciário, nesta fase, apenas controla o cabimento e a legalidade das medidas cautelares, seja pelo juiz “das liberdades” ou “das garantias”, ou pelo próprio juiz que apreciará o mérito do processo judicial⁶⁶.

Nesse ponto cabe uma ressalva. Não há um “sistema acusatório puro”. A maior ou menor pureza de um modelo acusatório tem a ver com a decisão política de um país sobre os objetivos do processo penal⁶⁷. Em outras palavras, as características do sistema acusatório de um país dependem da prévia decisão de política criminal sobre qual será o interesse a ser estabilizado pelo processo (público ou privado)⁶⁸.

Portanto, se o Estado considera que o processo penal deve tutelar interesses privados, atuará tão somente como gestor da vontade das partes. Nesse caso, a verdade material é menos importante para o processo que o interesse particular delas. Assim, o sistema acusatório se aproximará da pureza que repudia, por exemplo, a iniciativa probatória do juiz, porque as partes são protagonistas de seus próprios interesses⁶⁹.

É o que ocorre no sistema *adversarial* em países do *common law*. As partes conduzem o mérito do processo segundo seus interesses, e o Estado deve conformar-se com os fins definidos por elas, ainda que incompletos ou deficientes (*adversarial system*). A justiça nesses países está ligada às regras do processo, não à relação jurídica base⁷⁰.

⁶⁶ Santin, 2001, pp. 85–87. Foi no julgamento da Reclamação nº 9.186/80, §29, que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos se posicionou sobre os prejuízos à imparcialidade jurisdicional gerados pela acumulação, no mesmo magistrado, dos juízos de instrução e de julgamento da causa, com reflexos determinantes no movimento europeu de reformas processuais penais para transformação dos juizados de instrução em juízos de garantia. Sobre a evolução dos sistemas processuais penais europeus conferir: Rodrigues, 2001, pp. 941–961.

⁶⁷ Costa Pinto, 1998, p. 32.

⁶⁸ Jacinto, 2009, p. 8.

⁶⁹ Langer, 2010, p. 7. No mesmo sentido: Costa Pinto, 1998, p. 35.

⁷⁰ Damaska, 1986, p. 112.

Por outro lado, quando o Estado define que a verdade (interesse público) deve prevalecer sobre o interesse privado, confere a seus agentes poderes para perseguir essa verdade. O sistema ainda será acusatório, porém será direcionado pelo princípio da legalidade^{71/72}.

O sistema acusatório público nasce no período pós-revolução francesa⁷³ como a síntese entre o sistema inquisitivo (tese)⁷⁴ e a visão *adversarial* de responsabilidade probatória das partes, de raiz liberal, típica de um sistema acusatório anglo-saxônico (antítese)^{75/76}. Os países de cultura processual penal romano-germânica, como Brasil, Portugal, Alemanha, Itália e Áustria, absorveram aquilo que Isasca chamou de *benéfica metamorfose* do sistema processual penal acusatório. Mantêm o interesse público como fundamento da persecução criminal, mas protegem os mais elementares direitos do homem⁷⁷. Uma concepção *mista ou reformada* do processo penal, que “recepção o movimento dos direitos humanos, com equilíbrio entre direitos da comunidade (sociais/públicos) e os direitos da pessoa”⁷⁸.

⁷¹ “Ora, é na constatação de que a ação violadora de interesses jurídico-penalmente protegidos atenta contra aqueles bens jurídicos de dimensão pública essencial que reside o entendimento de que a salvaguarda desses mesmos interesses deve ser levada a cabo por entes públicos que representem toda a sociedade” (Torrão, 2000, p. 12)

⁷² A insuficiência do modelo puro para atender as pretensões de segurança pública, especialmente por depender da vontade da vítima para promover ou não a persecução penal (medo ou vingança, por exemplo), motivou os países europeus e latino americanos a isolar o exercício do *ius puniendi* ao próprio Estado (Valente, 2003, pp. 16–17). No mesmo sentido: Antunes, 2017, p. 60.

⁷³ Torrão, 2000, p. 50.

⁷⁴ Os pensamentos iluministas do final do século XVIII influenciaram a dinâmica processual penal não apenas por serem refratários a um Estado despótico, mas também pela negação ao fundamento divino das leis humanas, e portanto, aos dogmas da Santa Inquisição que ainda permeavam a persecução criminal à época (Correia, 1997, pp. 81–82).

⁷⁵ Quanto maior e mais forte a cultura e a ideologia política liberal, tanto mais próximo do modelo acusatório puro estará o ordenamento processual penal do país (ex. Inglaterra e EUA), aproximando-se à dinâmica da jurisdição processual civil (Torrão, 2000, pp. 43–44).

⁷⁶ Essa a razão para que parte da doutrina classifique como mistos os sistemas processuais penais brasileiro e de países da influência processual romano-germânica, em especial aqueles da Europa continental. Dentre outros: (Costa Pinto, 1998, p. 187).

⁷⁷ Isasca, 1999, pp. 28–29. No mesmo sentido: Langer, 2010, p. 12. Trata-se talvez do resultado da maior abertura e transgressão das tradicionais e sagradas barreiras entre os dois sistemas processuais, com desmistificação de conceitos com os quais nos acostumamos a identificar um e outro (Damaska, 2010, p. 81). Sobre o contexto conflituoso e dialético em que foram construídos sistemas processuais penais ditos híbridos, são precisas as observações de Faccini Neto e Ramires, para quem “(...) se a mácula congênita que contamina o inquisitorialismo tem sido o primado das hipóteses sobre os fatos – que estimula a busca pela confirmação a qualquer custo de uma “verdade” arbitrariamente representada na subjetividade do inquisidor -, o defeito inato do adversarialismo idealizado pode ser o seu pouco-caso para com qualquer pretensão de verdade” (Faccini Neto e Ramires, 2016, p. 29).

⁷⁸ Figueiredo Dias, 2011, p. 14.

Mas se, por um lado, o princípio da legalidade é sinônimo de previsibilidade e controle sobre o Estado que busca o interesse público no processo penal, por outro, ele aparenta não ser compatível com soluções negociadas porque foi pensado exatamente para evitar a aproximação com aquele modelo *adversarial* puro mais comprometido com a verdade formal e com o interesse das partes⁷⁹.

Ocorre que, como visto, o sistema acusatório público é resultado dialético de dois modelos contrapostos (inquisitivo e *adversarial*). Nele as partes contribuem para a declaração do direito ao mesmo tempo em que o Estado tem a prerrogativa da investigação oficial. Portanto, espaços de negociação são possíveis quando são direcionados à persecução do interesse público e limitados pela lei⁸⁰.

A colaboração processual premiada é instrumento marcado pela participação ativa do arguido na formação de sua culpa, a ser celebrado pelas partes durante o processo ou ainda na fase de investigação, e deve ser analisada nesse contexto para que seja compatível ao ordenamento constitucional.

1.2 Notas sobre a evolução histórica da justiça penal negociada

Os objetivos do direito penal se confundem com os fins da própria pena, a submeter o cidadão à restrição de sua liberdade e/ou de seus bens⁸¹.

É possível dizer inclusive que a eficiência do direito penal é analisada pela proporção entre a natureza do crime e a gravidade da pena⁸². Quanto mais grave a

⁷⁹ Figueiredo Dias, 2011, p. 31.

⁸⁰ Fernandes, 2001, pp. 80–82.

⁸¹ A reação criminal como resultado da violação a bens jurídicos pode ser explicada por duas teorias distintas: *teoria absoluta*, segundo a qual a resposta criminal corresponde a uma necessidade absoluta de afirmação da justiça, própria de uma violação ou quase pecado, como reação ao passado e punição ao infrator; *teoria relativa*, para a qual, ao contrário, a reação criminal tira sua razão da necessidade de evitar que novamente os interesses venham a ser violados no futuro, portanto com função protetiva/preventiva, com caráter finalista ou utilitarista (Correia, 1997, pp. 40–41).

⁸² Ihering, 1997, p. 40.

conduta ou o dano causado, ou quanto mais repulsivos os motivos do crime, maior e mais enérgica, imagina-se, deva ser a pena^{83/84}. Trata-se de uma exigência social que repercute diretamente nas leis⁸⁵.

Ocorre que a punição não deve ser a única resposta estatal aos conflitos penais da sociedade pós-industrial. Em contextos de maior complexidade social, como no combate às organizações criminosas⁸⁶, mecanismos alternativos de colaboração entre os litigantes podem equacionar direitos fundamentais aparentemente conflitantes^{87/88}.

A classificação proposta por Antonio Garcia-Pablos de Molina aos modelos de resolução dos conflitos penais parece-nos útil no momento:

a) modelo dissuasório clássico: busca a punição como ferramenta de retribuição e prevenção a futuros crimes. Nesse modelo, a justiça significa um direito penal inflexível, duro, e certo, como contra-estímulo ao crime pela pena;

b) modelo ressocializador: pena deve ser útil para ressocializar o infrator (prevenção especial positiva). O direito penal tem a capacidade recuperar o criminoso e reintegrá-lo à sociedade, em especial quando estiver preso;

c) modelo consensual de justiça penal: acredita que o consenso, a conciliação, a mediação e a negociação (*bargaining*) tem capacidade resolutiva no sistema acusatório⁸⁹. Do contrário, seria “um passo na direção de concepções que encaram o

⁸³ Ao tratar da teoria da retribuição da pena, Roxin esclarece que, “para ela, o sentido da pena assenta em que a culpabilidade do autor seja compensada mediante a imposição de um mal penal. A justificação de tal procedimento não se depreende, para esta teoria, de quaisquer fins a alcançar com a pena, mas apenas a realização de uma ideia: justiça. A pena serve, pois, para nada, contendo um fim em si mesma. Tem de existir para que a justiça impere” (Roxin, 1998, p. 16).

⁸⁴ Costa, 2013, p. 89.

⁸⁵ Rodrigues, 2005, pp. 18–21.

⁸⁶ Musco, 1998, p. 36.

⁸⁷ Rodrigues, 2005, p. 33.

⁸⁸ Figueiredo Dias, 2001, pp. 598–600.

⁸⁹ Molina, 2014, pp. 389–416.

processo como força que julga e se autolegitima de uma forma totalmente insensível à concordância do seu destinatário, antes impondo a sua aceitação fática”⁹⁰.

Até o século XIII a noção de justiça penal esteve associada à reparação de uma ofensa causada à comunidade, ao seu modo de viver e de se relacionar, e à sua vida privada. Cabia ao próprio grupo promover a justiça e satisfazer os interesses lesados da vítima, com pouca ou nenhuma interferência estatal⁹¹.

Durante a idade média o prêmio ao arrependido era fomentado pelo Estado eclesiástico porque o arrependimento tinha características de ato penitencial, sagrado aos olhos da igreja por significar o sacramento da confissão. Digno, portanto, de indulgência pelo pecado causado, a partir de condições impostas pelo homem ao exercício terreno da remissão divina. Em troca recebia prêmios em dinheiro e a liberdade corporal.

Com os ideais iluministas fortalecidos a partir da revolução francesa, a religião aos poucos deixa de regular a vida das pessoas⁹². A partir do século XIX o direito penal acompanha o processo secularista para diferenciar a resposta penal da justiça divina e moral⁹³. Surge então a punição pela norma jurídica, separada da moral⁹⁴.

Este é o contexto apontado por Luigi Ferrajoli:

⁹⁰ Torrão, 2000, p. 71. A teoria da *legitimação através do processo* é exatamente a base do pensamento de Niklas Luhmann como negativa ao consenso no processo penal. Segundo o autor, a decisão judicial legitima-se pela formalização do processo, sem relação alguma com o consenso, pelo que o processo presta-se a especificar o descontentamento, absorver os protestos das partes e reestruturar as expectativas jurídicas para aceitação do resultado acertado, mesmo que não justo ou verdadeiro (*apud* Fernandes, 2001, pp. 152–154).

⁹¹ Sbriccoli, 2002, p. 164.

⁹² Torrão, 2000, p. 55.

⁹³ Segundo Montesquieu (2005, p. 200), “nas coisas que perturbam a tranquilidade ou a segurança do Estado, as ações escondidas são da alçada da justiça humana. Mas naquelas que ferem a Divindade, onde não há ação pública, não há matéria de crime: tudo acontece entre o homem e Deus, que conhece a medida e o momento de suas vinganças. (...) O mal veio da ideia de que é preciso vingar a Divindade. Mas deve-se fazer com que a Divindade seja honrada, e nunca vingada. Se as leis dos homens tivessem que vingar um ser infinito, elas se ordenariam pela sua infinitude, e não pelas fraquezas, pelas ignorâncias, pelos caprichos da natureza humana”.

⁹⁴ Marques, 2014, p. 2.

*"acerca de la moralidad, o el carácter, u otros aspectos substanciales de la personalidad del reo, sino sólo acerca de hechos penalmente prohibidos que le son imputados y que son, por outra parte, lo único que puede ser empíricamente probado por la acusación y refutado por la defensa. El juez, por consiguiente, no debe someter a indagación el alma del imputado, ni debe emitir veredictos morales sobre su persona, sino sólo investigar sus comportamientos prohibidos. Y un ciudadano puede ser juzgado, antes de ser castigado, sólo por aquello que ha hecho, y no, como en el juicio moral por aquello que es"*⁹⁵.

É apenas a partir do século XX que a negociação penal retoma sua importância histórica no combate às organizações criminosas pelo mundo, em especial pela influência na Europa do *plea bargaining* norte americano, particularmente após a segunda grande guerra^{96/97}.

No início do século XX os Estados Unidos foram marcados pelo aumento populacional após a guerra civil, impulsionado pelo processo de industrialização e crescimento econômico⁹⁸. O aumento da população nas áreas urbanas fez crescer os conflitos que chegavam ao conhecimento dos órgãos públicos. A burocracia estatal e a maior produção legislativa sobre as novas formas de conflito aumentaram ainda mais a carga de trabalho⁹⁹. Portanto, a antipatia pelo ineficiente sistema processual da época e a maior complexidade das ações judiciais foi o ambiente ideal para o sucesso da negociação penal no país, designadamente pelo *plea bargaining*¹⁰⁰.

⁹⁵ Ferrajoli, 1995, p. 223.

⁹⁶ Fisher, 2003, pp. 5–7.

⁹⁷ Máximo Langer chama à atenção para a influência do sistema de justiça americano na jurisprudência, nas leis, na doutrina, e até nas faculdades de direito, ou nas estruturas das carreiras jurídicas em ordenamentos ao redor do mundo, não apenas quanto à justiça penal negociada, ao que ele chama de *Americanization thesis* em países com estrutura do *civil law* (2010, pp. 3–5).

⁹⁸ Estima-se que a população urbana nos EUA tenha saltado de meio milhão em 1830 para 30 milhões em 1900 (Albergaria, 2007, p. 30).

⁹⁹ Damaska, 2010, p. 87.

¹⁰⁰ Fanchiotti, 1984, pp. 56–69. A análise pragmática dos custos persecutórios criminais frente ao crescimento da criminalidade ainda hoje é utilizada como principal elemento justificador da *plea bargaining* americana, em especial, segundo doutrina local, porque a moderna noção de devido processo, com suas garantias individuais, requer procedimentos trabalhosos e custosos, razão pela qual legisladores e tribunais priorizam a economia processual e as formas de resolução consensual e abreviada do processo como forma de lidar com a sobrecarga

Desde então o conceito de justiça penal negociada faz parte da realidade jurídica de diversos países e foi incorporado, por exemplo, pelo direito brasileiro em institutos como a composição civil dos danos, a transação penal e a suspensão condicional do processo¹⁰¹, ou ao português com o arquivamento por dispensa de pena, a suspensão provisória do processo, a aplicação concreta e imediata da pena em procedimento sumaríssimo¹⁰².

1.3 Breves apontamentos sobre o acordo penal contra organizações criminosas no direito comparado

1.3.1 Estados Unidos

Desde a imigração de integrantes de famílias da *Cosa Nostra* no início do século 20¹⁰³, até os ataques terroristas por grupos religiosos extremistas contra os edifícios do *World Trade Center*, em Nova Iorque, no dia 11 de setembro de 2001 ou contra maratonistas na cidade de Boston, no dia 15 de abril de 2013, a legislação norte americana contra organizações criminosas é objeto de mudanças que visam a eficiência e ao processo sem burocracias e foi acompanhada de sensível investimento financeiro para proteção da soberania e do território nacional¹⁰⁴.

de processos em detrimento de princípios caros à realidade processual romano germânica (Thaman, 2010, p. xvii). Conforme discutiremos mais à frente, entendemos inadequada a importação acrítica de institutos moldados para os fins e fundamentos de sistemas processuais distintos, sem perder de vista que a preocupação com a eficiência processual é sim fundamental, desde que aplicada com cuidado.

¹⁰¹ Artigos 74, 76 e 89, respectivamente, da lei nº 9.099/95.

¹⁰² Artigos 280º, 281º e 392º a 398º, respectivamente, do Código de Processo Penal português.

¹⁰³ Varese, 2013, p. 104. A imigração de membros da máfia italiana para os Estados Unidos foi motivada, dentre outros, pelo período de perseguição estatal às organizações criminosas na Itália, em especial na gestão totalitária de Benito Mussolini e a nomeação de Cesare Mori, o “Prefeito de Ferro” em 1925, para a cidade de Palermo. A presença de membros da máfia siciliana na América, principalmente em Nova Iorque, foi a mola propulsora para a criação de grupos mafiosos conhecidos como “*the five families*” (*famiglie* Genovese, Gambino, Lucchese, Bonanno e Colombo) (Baily, 1999, p. 56). No mesmo sentido: Varese, 2013, p. 105.

¹⁰⁴ Em anúncio no mês de fevereiro de 2016, o então secretário de Estado de Defesa norte-americano, Ashton Carter, revelou que o orçamento militar americano subiria para US\$ 583.000.000.000,00 (quinhentos e oitenta e três bilhões de dólares) em 2017. Disponível em < <http://agenciabrasil.ebc.com.br> >. No ano de 2015 o orçamento norte americano no setor (US\$ 596 bi) superou a soma dos orçamentos dos outros 7 países seguintes na lista de maiores investidores na área militar (US\$ 567 bi), a saber: China, Arábia Saudita, Rússia, Grã-Bretanha, Índia, França e Japão. Disponível em < www.nationalpriorities.org >. Ademais, o orçamento de 2016 apenas para FBI - *Federal Bureau of Investigation* atingiu US\$ 8.48 bi, para a manutenção de uma estrutura que inclui 35.037 funcionários, sendo 13.074 agentes especiais, 3.083 analistas de inteligência, e

O acordo penal foi incorporado à cultura jurídica do país e está inserido diretamente no contexto de combate às organizações criminosas. Ao contrário do que ocorre no Brasil, o Ministério Público americano não é pautado pelo princípio da legalidade/obrigatoriedade da ação penal, mesmo diante de provas da materialidade e indícios de autoria.

Isso porque o sistema processual penal *adversarial*, típico do *common law* americano, funciona pela gestão judicial dos interesses das partes e na vinculação aos precedentes judiciais (*stare decisis*).

Na esfera penal, oferecida a acusação (*indictment*) pelo Ministério Público, caberá ao *grand jury* decidir se aceita a peça acusatória e se deve levá-la a julgamento. Em caso positivo, o acusado é indagado sobre sua culpa ou inocência (*plea of guilty or not guilty*) ou ainda se pretende receber de imediato a pena sem declaração de culpa (*nolo contendere plea*). Pode ainda firmar acordo com a acusação para confissão da culpa (*plea of guilty*) em troca de benefícios (*plea bargaining*)¹⁰⁵, ou submeter-se à instrução probatória (*discovery*) e julgamento pelo magistrado (*bench trial*) ou pelo júri (*jury trial*), a depender da pena prevista ao crime¹⁰⁶.

Também chamada de *pleading for consideration* ou *negotiated plea*, o *plea bargaining* é um acordo penal pelo qual acusação e defesa podem dispor de qualquer elemento do crime¹⁰⁷. O Ministério Público tem liberdade para negociar a natureza ou quantidade de crimes praticados (*charge bargaining* ou *charge concession*¹⁰⁸), a pena

18.880 profissionais das demais equipes, além da expansão da capacidade de investigação contra cybercriminalidade, sistemas de informação, serviços e novas estruturas. Disponível em: < www.fbi.gov >. Acesso em 01/12/2016.

¹⁰⁵ Rule 11. Pleas. (a) Entering a Plea. (1) In General. A defendant may plead not guilty, guilty, or (with the court's consent) nolo contendere. (2) Conditional Plea. With the consent of the court and the government, a defendant may enter a conditional plea of guilty or nolo contendere, reserving in writing the right to have an appellate court review an adverse determination of a specified pretrial motion. A defendant who prevails on appeal may then withdraw the plea.

¹⁰⁶ Albergaria, 2007, p. 20.

¹⁰⁷ Langer, 2010, p. 46.

¹⁰⁸ Dentre outros: *U.S v. Ammidown*, 1971 (D.C 497, F. 2d 615).

aplicada na sentença (*sentence bargaining*¹⁰⁹), ou quaisquer benefícios penais e processuais penais¹¹⁰. É apenas admitido se o arguido confessar sua culpa, e nesse ponto diferencia-se do *nolo contendere* que, se aceito pela corte, não exige confissão e não produz efeitos na esfera civil de responsabilidade¹¹¹.

Trata-se, como visto, de modelo compatível com um sistema processual penal menos preocupado com a verdade que subjaz à persecução criminal do que com a atividade dos atores do processo¹¹². Portanto, o transplante do *plea bargaining* aos países de cultura romano-germânica pode não conformar-se com uma pauta histórica de proteção a direitos fundamentais, individuais ou coletivos, conforme trataremos mais à frente¹¹³.

Isso porque, em regra, no *plea bargaining* o Estado abandona a formação da culpa e a verdade material, mesmo em delitos altamente ofensivos¹¹⁴. Não há espaço para que as declarações do arguido sejam confrontadas com outros elementos de prova. Ademais, a natureza do crime, sua gravidade em concreto ou a complexidade probatória não são parâmetros de cabimento do acordo, pelo que qualquer delito pode ser objeto de negociação.

Um tal modelo não se conforma ao sistema processual de países comprometidos com a relação jurídica base do conflito penal, como Brasil, Portugal e a maioria dos países da Europa continental. Teríamos que conviver, por exemplo, com a possibilidade de *overcharging*¹¹⁵ ou confissões por inocentes.

¹⁰⁹ *People v. Ferguson*, 1977 (N.E. 361 2d 333).

¹¹⁰ Albergaria, 2007, p. 23.

¹¹¹ Brandalise, 2016, p. 65.

¹¹² Albergaria, 2007, p. 11.

¹¹³ Dentre os tipos de acordo possíveis no *plea bargaining* apenas um se aproxima da colaboração processual premiada, tal qual abordada no presente estudo, mesmo sem previsão específica na *rule 11, da federal rules of criminal procedure*. Trata-se da *substantial-assistance bargaining*, segundo a qual o arguido se compromete a confessar a culpa e a contribuir para a investigação ou processo penal com informações sobre a identificação dos demais coautores no crime, em troca de uma sentença menos rigorosa (Fisher, 2003, p. 227).

¹¹⁴ Kobor, 2008, pp. 82–88.

¹¹⁵ Expressão utilizada nas hipóteses em que o Ministério Público imputa ao arguido fato ou qualificação jurídica mais grave que os praticados pelo arguido para forçar a defesa a um acordo.

Ainda assim a corte constitucional reconheceu a contribuição do *plea bargaining* ao funcionamento da justiça criminal norte americana no julgamento do caso *Santobello vs. New York, 1971 (404 U.S. pg. 261)* ao declarar que o instituto limita o crescimento insustentável das demandas criminais e evita o colapso da máquina judiciária¹¹⁶.

A despeito disso, o sucesso da justiça penal negociada norte americana¹¹⁷ influenciou o ordenamento penal de países europeus, em especial a Itália, que a partir da década de 70 conseguiu enfraquecer grupos terroristas e mafiosos ao utilizar de instituto semelhante.

1.3.2 Itália

“A legislação italiana contra o crime organizado operou-se em quatro vertentes principais: a legislação antiterrorismo; a legislação antissequestro; as medidas de proteção aos denominados colaboradores da justiça; e a legislação antimáfia”¹¹⁸.

¹¹⁶ *Santobello vs. New York, 1971 (404 U.S. pg. 261) (...) The disposition of criminal charges by agreement between the prosecutor and the accused, sometimes loosely called "plea bargaining," is an essential component of the administration of justice. Properly administered, it is to be encouraged. If every criminal charge were subjected to a full-scale trial, the States and the Federal Government would need to multiply by many times the number of judges and court facilities. Disposition of charges after plea discussions is not only an essential part of the process, but a highly desirable part for many reasons. It leads to prompt and largely final disposition of most criminal cases; it avoids much of the corrosive impact of enforced idleness during pretrial confinement for those who are denied release pending trial; it protects the public from those accused persons who are prone to continue criminal conduct even while on pretrial release; and, by shortening the time between charge and disposition, it enhances whatever may be the rehabilitative prospects of the guilty when they are ultimately imprisoned. No mesmo sentido: Brady v. United States, 397 U. S. 742, (1970) ou Blackledge vs. Allison 431 U.S 71 (1977).*

¹¹⁷ O modelo americano de justiça penal negociada é alvo de duras, muitas delas relacionadas ao poder quase ilimitado de negociação, à grande dependência dos acordos para a manutenção da justiça penal americana - que usa o instituto como contraponto aos excessos da lei penal, em verdadeira revogação implícita de leis - e ao modelo de provimento político dos cargos de juiz e promotor, sujeitos a pressões políticas e não raro acusados de fomentarem negociações para abreviar a persecução e garantir penas aos arguidos mesmo sem fundamentação jurídica adequada ou base probatória mínima, atendendo a interesses meramente administrativos ou políticos (Torrão, 2000, p. 151), tão somente para alcançar maiores resultados estatísticos e justificar politicamente seus mandatos perante seus eleitores ou superiores hierárquicos, em especial quando ambicionam seguir carreiras políticas (Albergaria, 2007). Compromete-se, ao menos, a imparcialidade dos agentes públicos, o contraditório judicial, a isonomia entre arguidos e a formação da culpa (culpabilidade) como medida da pena.

¹¹⁸ Grinover, 1995, p. 77.

Pode-se dizer que as leis antiterrorismo (Lei nº 15/80 e Lei nº 304/82) inauguraram na Itália a figura dos *pentiti* (arrepentidos) ou *colaboratori della giustizia*. Trata-se de instrumento de negociação penal àqueles que, voluntariamente e antes da sentença penal condenatória, retiram-se do grupo para cooperar com a persecução criminal com vistas à substituição da prisão por outras obrigações não restritivas da liberdade, para diminuição de um terço da pena, ou ainda para substituir a prisão perpétua por reclusão de 15 a 21 anos¹¹⁹.

Por um lado, o legislador construiu um modelo de penas diferenciadas (agravante de um terço até a metade) por crimes cometidos sob as circunstâncias do art. 416 *bis*. Em contrapartida, aquele que colaborasse com as autoridades teria a pena atenuada em idêntica proporção¹²⁰. Previu-se ainda a redução de pena de um terço à metade, substituição da prisão perpétua por reclusão de 10 a 12 anos, e facilidade para suspensão condicional da pena e livramento condicional.¹²¹ Foi ainda resguardado o direito ao silêncio do arguido.

Entre a década de 90 e o início deste século a Itália a experimentou um período de condenações de diversos chefes de famílias mafiosas, em especial pela atuação dos magistrados Giovanni Falcone e Paolo Borsellino. Foi o caso do membro da *Cosa Nostra* arrependido Tommaso Buscetta, preso no Brasil e extraditado à Itália. Considerado o primeiro *pentito* da história, revelou ao juiz Falcone e às autoridades americanas informações sobre a estrutura da *Cosa Nostra* nos dois países, em troca de benefícios penais e processuais penais¹²².

¹¹⁹ Riva, 2000, p. 356.

¹²⁰ Riva, 2000, p. 358.

¹²¹ *Articolo 4, legge 15/1980 - Per i delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, salvo quanto disposto nell'art. 289-bis del codice penale, nei confronti del concorrente che, dissociandosi dagli altri, si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, ovvero aiuta concretamente l'autorità di polizia e l'autorità giudiziaria nella raccolta di prove decisive per l'individuazione o la cattura dei concorrenti, la pena dell'ergastolo è sostituita da quella della reclusione da dodici a venti anni e le altre pene sono diminuite da un terzo alla metà.*

¹²² Tais quais inúmeras outras autoridades italianas, Giovanni Falcone e Paolo Borsellino foram assassinados por grandes explosões de dinamite, respectivamente, aos 23.05.1992 e 19.07.1992, na cidade de Palermo, razão maior da homenagem feita a ambos com a convenção das Nações Unidas contra as organizações criminosas transnacionais, designada convenção de Palermo. *United Nations Convention against Transnational Organized Crime (New York, 15/11/2000), Palermo Convention.* <https://treaties.un.org> Acesso em 20/10/2016.

Cabe mencionar, por fim, que os limites do presente trabalho impedem que tratemos do instituto do *patteggiamento*, em especial por se tratar de modalidade de consenso não aplicável em persecuções penais contra organizações criminosas¹²³. No *patteggiamento* o arguido não contribui para a formação da culpa, mas apenas aceita uma oferta de pena imediata, pelo que não repercute nos objetivos que aqui se buscam.

1.3.3 Portugal

No cenário europeu a figura do colaborador da justiça está prevista na Recomendação (2005) 9 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa como “*any person who faces criminal charges, or has been convicted of taking part in a **criminal association** or other **criminal organisation of any kind**, or in offences of **organised crime**, but who agrees to cooperate with criminal justice authorities, particularly by giving testimony about a criminal association or organisation, or about any offence connected with organised crime or other serious crimes*” (sem grifo no original).

Portugal é signatário da convenção das Nações Unidas para combate ao tráfico de drogas (convenção de Viena)¹²⁴, convenção das Nações Unidas contra o crime organizado (convenção de Palermo, ratificada pelo país a partir do decreto presidencial n° 19/2004), e convenção europeia sobre branqueamento, detecção, apreensão e perda dos produtos do crime¹²⁵, todas elaboradas na perspectiva de repressão às organizações criminosas e combate ao branqueamento de capitais.

¹²³ “Em primeiro lugar, é um modelo consensual cujo âmbito de aplicação se restringe à área da pequena e média criminalidade (...), cuja pena aplicável, tendo em conta as circunstâncias e depois de reduzida a um terço, não seja superior a dois anos de reclusão ou prisão (atualmente alargada para cinco anos como o mesmo fator de redução). Em segundo lugar, a pena que resulta do *patteggiamento* não pode ser privativa de liberdade e implica a subtração do arguido à audiência de julgamento” (Torrão, 2000, pp. 175–177).

¹²⁴ *United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances* (Vienna, 20/12/1988). Registration Number 27627.(1582). Signatories: 87. Disponível em: <<https://treaties.un.org>>. Acesso em 20/10/2016.

¹²⁵ *Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime* (Strasbourg, 08/11/1990. No.141. Disponível em: <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/141>>. Acesso em 25/10/2016.

O código de processo penal português de 1987 já deixava clara a preocupação do legislador com os efeitos extrapenais dos meios de persecução estatal. Posicionou a eficiência e a dignidade da pessoa como pilares da nova política criminal, a justificar instrumentos de diversão pontuais e reservar a tradicional intervenção penal e a formação da culpa à criminalidade grave (exposição de motivos, parte II, 6, *b*¹²⁶)

O Código criou *espaços de consenso* (arquivamento em caso de dispensa de pena, suspensão provisória do processo e processo sumaríssimo)¹²⁷, com soluções informais, não burocráticas e eficientes reservadas à pequena e média criminalidade, e *espaços de conflito* no processo penal português (processos sumário, abreviado e comum)¹²⁸.

Porém, não identificamos norma com previsão de um acordo de colaboração premiada entre acusação e defesa em delitos graves e complexos. Como regra, a persecução penal orienta-se pelo impulso oficial vinculado do processo¹²⁹.

Há, porém, previsões pontuais de contribuição premiada do arguido nas legislações de combate ao tráfico de drogas (dec.-lei nº 15/1993)¹³⁰, de combate ao

¹²⁶ II, 6, b) Um segundo eixo estabelece a fronteira entre aquilo que se pode designar por espaços de consenso e espaços de conflito no processo penal, embora em boa medida sobreponível com a anteriormente mencionada - no tratamento da pequena criminalidade devem privilegiar-se soluções de consenso, enquanto no da criminalidade mais grave devem, inversamente, viabilizar-se soluções que passem pelo reconhecimento e clarificação do conflito -, esta segunda distinção possui sentido autónomo.

¹²⁷ Guardadas as devidas particularidades, o arquivamento por dispensa de pena, suspensão provisória do processo, e aplicação concreta e imediata da pena em procedimento sumaríssimo estão para o processo penal português como a transação penal, a suspensão condicional do processo e a composição dos danos estão para o processo penal brasileiro. Mesmo como alternativas à tradicional privação de liberdade, não são cabíveis contra organizações criminosas, mas apenas aos delitos de pequeno e médio potencial ofensivo. Ademais, não oferecem espaço para efetiva negociação entre as partes e, por regra, dispensam da formação da culpa do arguido.

¹²⁸ Brandalise, 2016, p. 106.

¹²⁹ Costa Pinto, 1998, p. 204.

¹³⁰ Artigo 31º. Se, nos casos previstos nos artigos 21.º, 22.º, 23.º e 28.º, o agente abandonar voluntariamente a sua actividade, afastar ou fizer diminuir por forma considerável o perigo produzido pela conduta, impedir ou se esforçar seriamente por impedir que o resultado que a lei quer evitar se verifique, ou auxiliar concretamente as autoridades na recolha de provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis, particularmente tratando-se de grupos, organizações ou associações, pode a pena ser-lhe especialmente atenuada ou ter lugar a dispensa de pena.

terrorismo (lei nº 52/2003)¹³¹, de combate à corrupção e à criminalidade econômica (lei nº 36/94)¹³², e no artigo 374-B, n. 2, *a*, do código penal¹³³, que se assemelham ao instituto premial regulado no Brasil. De maneira geral, àquele que abandonar voluntariamente a atividade criminosa, contribuir para impedir ou atenuar o perigo ou consequências da atividade ilícita de uma organização, bem como auxiliar as autoridades na identificação e captura dos demais responsáveis e membros do grupo, terá a pena atenuada ou mesmo afastada.

Porém, ao contrário da colaboração premiada, a legislação portuguesa não estabeleceu um ambiente de negociação entre acusação e defesa¹³⁴, em especial por não esclarecer a forma e os limites do acordo, o momento de negociação entre as partes e de apreciação e controle judiciais.

O prêmio pela confissão da culpa e pelas informações que auxiliem a recolha de provas mais se aproxima de um direito potestativo do arguido que verdadeiramente uma negociação entre as partes¹³⁵. E quando se trata de delitos graves e complexos (*v.g* organizações criminosas, branqueamento de capitais), a definição do benefício ao colaborador nesses termos pode gerar desproporção da pena (para mais ou para menos), por não considerar as peculiaridades, o contexto e a profundidade em concreto da colaboração.

Num contexto como aquele descrito na parte I do presente trabalho, a negociação das cláusulas compromissórias às minúcias, a definir direitos e deveres, principais e acessórios, tem maior potencial de garantir a proporção entre o fato

¹³¹ Artigo 2º, 5: A pena pode ser especialmente atenuada ou não ter lugar a punição se o agente abandonar voluntariamente a sua actividade, afastar ou fizer diminuir consideravelmente o perigo por ela provocado ou auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis.

¹³² Artigo 8º: Nos crimes previstos no artigo 1.º, n.º 1, alíneas a) e e), a pena pode ser especialmente atenuada se o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis.

¹³³ Art. 374º-B, n. 2 A pena é especialmente atenuada se o agente: (...) a) Até ao encerramento da audiência de julgamento em primeira instância, auxiliar concretamente na obtenção ou produção das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis (...).

¹³⁴ Leite, 2010, p. 10.

¹³⁵ Fernandes, 2001, p. 451.

ilícito, a contra conduta e a pena do que a previsão legal de um benefício condicionado e relativamente inflexível.

Ademais, na colaboração premiada o arguido não pode escolher o que dizer, com o que colaborar, quem delatar, ou a quantia a restituir (sob pena de rescisão automática do acordo), como parece permitir a legislação portuguesa. Portanto, as normas lusitanas são consideradas como espécies de direito premial, mas se aproximam mais de institutos não negociais como, no Brasil, o arrependimento posterior¹³⁶.

Por fim, vale dizer que não há no regime premial português norma que exija do arguido colaborador a renúncia a direitos processuais. Como não há acordo entre as partes ou cláusulas compromissórias, assim também não haverá expressa renúncia por ele ao exercício de direitos processuais, como o de mentir (art. 140, n.º 3 CPPB¹³⁷) ou de calar-se em juízo (artigo 345.º n.º 1 do Código). Em tese, poderá mesmo assim ser beneficiado por falsas declarações. Também nesse ponto há sensível distinção com o instituto previsto na lei brasileira.

2 Colaboração processual premiada no Brasil: subterfúgio para opressão ou imaculada evolução securitária?

2.1 A proporcionalidade como vetor interpretativo

Concordamos que “a violência e a criminalidade não se resolvem à base de leis mais severas, de uma maior criminalização de condutas e de restrições a princípios constitucionais como a ampla defesa, o contraditório, a individualização das penas, a presunção de inocência, mesmo porque a lei penal deve ser concebida como última solução para o problema da violência, pois não é, nunca foi e jamais será superação

¹³⁶ Art. 16 CPB. Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.

¹³⁷ Artigo 140.º 3 - O arguido não presta juramento em caso algum.

para a segurança pública de um povo”¹³⁸. Aliás, o maior desestímulo ao crime não é dureza da pena, mas a certeza de sua aplicação¹³⁹.

Ocorre que leis mais modernas não devem sempre significar maior rigor punitivo, senão quando o equilíbrio entre segurança pública e direitos do arguido assim o exija. É o contexto apontado por José Paulo Baltazar Junior:

Como se pode querer justificar, então, que se continue a perseguir intensamente a criminalidade aventureira e miserável, quando se fecha os olhos para a necessidade de uma persecução eficiente da moderna criminalidade organizada e com isso se produz uma pressão desigual da persecução penal, com desvantagem para aquelas formas de criminalidade que causam, em princípio, menores danos¹⁴⁰?

Vale mencionar as ponderações de Lênio Luiz Streck e Luciano Feldens:

A revolução copernicana por que passaram o Estado e o Direito, não temos dúvidas em afirmar, permeia o Direito Penal, cujas baterias, sintonizadas ao fenômeno de incorporação constitucional de direitos coletivos e sociais, devem agora se direcionar para *a proteção de bens jurídicos de índole transindividual*. Dizendo de outro modo, deve o Estado, paralelamente à atividade que tradicionalmente vem desempenhar em face de condutas que atentam diretamente contra a vida e a dignidade humana, *priorizar o combate aos delitos que colocam em xeque os objetivos da República*, inscrevendo-se nesse rol, dentre outros, os crimes de sonegação fiscal, os crimes contra o sistema financeiro nacional, a corrupção, a lavagem de dinheiro e os delitos contra o meio ambiente¹⁴¹.

¹³⁸ Moreira, 2015, p. 4.

¹³⁹ Beccaria, 1998, pp. 95–97.

¹⁴⁰ Baltazar Jr, 2009, p. 213.

¹⁴¹ Feldens e Streck, 2003, p. 5.

Como pontuamos na parte I do trabalho, a realidade atual é distinta daquela de algumas décadas atrás. Lidamos com dados criptografados em redes sociais, inteligência artificial, algoritmos, criptomoedas, ou mesmo com a transmissão instantânea de dados sigilosos por *smartphones*. Os tempos mudaram e as tecnologias encurtam distâncias entre pessoas, tempo de acesso a informações e prazos de prestação de serviços, em benefício de todos, inclusive de criminosos¹⁴².

“São tecnologias que promovem descentralização. Dão origem a agrupamentos político-sociais atípicos e inovadores, que proliferam nas paisagens ‘virtuais’ dos novos ecossistemas em afloramento. Com tais veículos, o crime organizado também se tornou mais fácil – já que tem agora meios que antes não tinha de coordenar e sincronizar acções e actividades”¹⁴³.

Trata-se de um direito penal em crise, *atrelado ao paradigma penal de nítida feição liberal-individualista*, voltado ao combate histórico dos conflitos interindividuais e despreparado para enfrentar os delitos de massa ou transindividuais¹⁴⁴.

O objetivo da colaboração premiada é modernizar a persecução penal frente aos novos fenômenos criminais, até porque “o valor social da segurança é enorme. O peso político que hoje em dia lhe atribuímos também”¹⁴⁵. Portanto, propomos que a concordância prática das liberdades públicas seja a premissa que nos condicione a interpretação a partir de agora¹⁴⁶. Trata-se de hermenêutica integrativa a buscar a supremacia e a unidade da constituição. Partiremos do pressuposto de que não há

¹⁴² Lino Santos e Armando Marques Guedes (2015, p. 189) destacam que “em Junho de 2012 a internet contava com cerca de dois mil e quatrocentos milhões de utilizadores em todo o mundo, dos quais 90% eram seus utilizadores, numa base diária, para comunicação nas redes sociais. Usada inicialmente como meio seguro, rápido e económico de transmissão de informação, em poucos anos a rede passou a suportar um mercado de serviços e aplicações de todo o tipo, tornando-se ainda num importante meio, tanto para a comunicação de massas, como para a comunicação interpessoal”. Segundo dados atualizados, em 31 de dezembro de 2017, a rede conta com 4.156.932.140 usuários pelo mundo. Disponível em: < <http://www.internetworldstats.com/stats.htm> >. Acesso: 19/03/2018.

¹⁴³ Marques Guedes, 2009, p. 45.

¹⁴⁴ Feldens e Streck, 2003, p. 20.

¹⁴⁵ Marques Guedes, 2009, p. 45.

¹⁴⁶ Mendes e Branco, 2016, pp. 92–96.

liberdade absoluta e que os direitos fundamentais em conflito (sociais e individuais) cedem-se mútuo espaço, ainda que momentaneamente.

A interpretação do direito constitucional nesse ponto é abordada por J.J Gomes Canotilho quando trata do princípio da concordância prática ou da harmonização como decorrência do princípio da unidade da constituição:

Reduzido ao seu núcleo essencial, o princípio da concordância prática impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros. O campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido até agora o dos direitos fundamentais (colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos). Subjacente a este princípio está a ideia do igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimentos de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre eles¹⁴⁷.

Nesse contexto, a persecução criminal significará uma administração pública eficiente (art. 37, *caput*, CFB¹⁴⁸) se consegue garantir proteção aos direitos individuais dos cidadãos - de liberdade, ampla defesa e intimidade, por exemplo -, e também aos “direitos fundamentais com dimensões impositivas”¹⁴⁹, como a segurança, ordem e paz públicas¹⁵⁰. Deve-se buscar soluções por ponderação, sem hipertrofia ou negligência a direitos individuais e coletivos¹⁵¹.

¹⁴⁷ Canotilho, 2003, p. 1225.

¹⁴⁸ Art. 37 CFB. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e **eficiência** e, também, ao seguinte (...) – sem grifo no original.

¹⁴⁹ Canotilho, 2003, p. 291.

¹⁵⁰ O neoconstitucionalismo deve suplantiar uma postura meramente programática e opor-se a interpretações que esterilizam a vontade da constituição. Para tanto, recomenda-se mais ponderação e menos subsunção, para garantir a máxima efetividade dos direitos e garantias constitucionais. (Alexy, 1993, pp. 86–89).

¹⁵¹ Movimento identificado, na prática e, por vezes, como uma das “formas insuportáveis de atuação dos sujeitos processuais, com a complexificação inútil ou desnecessária dos procedimentos e diligências, até a

Estimular a negociação penal entre Ministério Público e arguido para permitir que prêmios sejam dados àqueles que colaborarem com investigações contra organizações criminosas é sustentar um direito penal diferenciado e de emergência, com potencial redução de direitos fundamentais do arguido¹⁵². E vale lembrar que as liberdades individuais legitimam o direito penal porque são o meio pelo qual o arguido reconhece a intervenção estatal¹⁵³.

Ocorre que, atualmente, “a nossa teoria do direito ocupa-se mais da balança do que da espada da justiça”¹⁵⁴, “sob a influência das mutações históricas e ideológicas que se produzem com o tempo”¹⁵⁵. E “o pior serviço, na perspectiva da sociedade democrática e liberal, que pode prestar-se à defesa dos direitos individuais é invocá-los sem razão bastante como entidades absolutas que recusam à partida todo o equilíbrio com direitos inalienáveis da comunidade. Um unilateralismo sistemático que ameaçaria o Estado de direito mesmo nos seus fundamentos”¹⁵⁶ e que obedeceria “um movimento pendular, ora por preocupações demasiadas com garantia, ora com sua absoluta supressão”¹⁵⁷.

É fato que a lei, sobretudo a constituição, não possui palavras inúteis¹⁵⁸. O “Título II” da constituição da República Federativa do Brasil, por exemplo, trata “*Dos direitos e garantias fundamentais*”, e logo no capítulo I, ao longo dos 78 (setenta e oito) incisos do artigo 5º, contempla “*Dos direitos e deveres individuais e coletivos*”. É a própria constituição que determina que direitos e deveres, individuais e coletivos,

delongas, desleixos e abusos ou mesmo chicanas inqualificáveis no exercício de direitos processuais, (...) e a resolução do processo é recebida com desinteresse público e sorrisos irônicos, servindo só para oferecer ainda maior consistência ao sentimento de desconfiança e de frustração das legítimas expectativas comunitárias da justiça penal” (Figueiredo Dias, 2011, p. 15).

¹⁵² Ferrajoli, 1995, pp. 746–752.

¹⁵³ Fernandes, 2001, p. 57

¹⁵⁴ Ihering, 1997, p. 24.

¹⁵⁵ Fernandes, 2001, p. 64.

¹⁵⁶ Figueiredo Dias, 2011, pp. 27–28.

¹⁵⁷ Gössel, 1983, p. 270.

¹⁵⁸ “(...) na interpretação constitucional não se pode presumir que o constituinte - originário ou derivado - usou palavras inúteis.” – Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 22940/Distrito Federal. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. No mesmo sentido: Supremo Tribunal Federal: ADPF 363 MC/Distrito Federal. Relator (a): Ministro Celso de Mello. Julgamento: 27/08/2015. Disponível em: < www.stf.jus.br >. Acesso em 12.08.2016.

são fundamentais para tutelar o cidadão em sua dignidade. Cabe ao interprete dar-lhes convivência harmônica.

Vale destacar que os direitos fundamentais devem ser enxergados também como imperativos de tutela ou de prestação (garantias positivas), e não apenas como mandamentos de abstenção (liberdades negativas contra o Estado)¹⁵⁹. Esta visão unidirecional do garantismo, como instrumento de proteção apenas ao arguido, é uma interpretação equivocada dos pensamentos da “escola de Frankfurt” – como contraponto ao então ascendente *direito penal do risco*¹⁶⁰ - a funcionar como um “garantismo hiperbólico monocular”, porque o hipertrofia numa só direção¹⁶¹. “É, afinal, a política de emagrecimento do Estado-providência”¹⁶².

Portanto, o combate às novas formas de criminalidade passa por instrumentos que ofereçam uma solução intermediária, ou o que Silva Sanches chama de “*direito penal periférico*”, ou de “*terceira velocidade*”. Trata-se de harmonizar a “primeira velocidade” do direito liberal e clássico - preocupada com a proteção subsidiária aos bens jurídicos individuais a partir de respostas penais também clássicas (privação de liberdade) -, com a “segunda velocidade” que busca uma tutela prévia de ameaças difusas do mundo globalizado (crimes ambientais e econômicos, por exemplo) a

¹⁵⁹ “Direitos fundamentais, em sentido formal, individuais ou prestacionais, são aqueles que, desde o ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que sua outorga ou denegação não pode ficar nas mãos da simples maioria do parlamento. Os direitos fundamentais sociais são liberdades fáticas que criam condições para o exercício das liberdades jurídicas (individuais). Liberdade jurídica sem liberdade fática é inútil. E apenas a atividade estatal cria o substrato para as liberdades fáticas. Ambas, liberdades jurídicas e fáticas, são liberdades” (Alexy, 1993, pp. 435, 486–488). Em sentido contrário, a entender que os direitos sociais não se inserem na categoria de direitos fundamentais, por serem imprecisos e de custosa ponderação em caso de colisão: Schmitt, 2001.

¹⁶⁰ Os defensores dos pensamentos consagrados pela chamada escola de Frankfurt (Instituto de Ciências Penais de Frankfurt) dentre outros, Winfried Hassemer, Felix Herzog e Cornelius Prittwitz, notabilizaram-se por criar as bases teóricas do direito penal mínimo, com vocação ultraliberal, segundo a qual o direito penal não deve ultrapassar os limites clássicos da tutela de bens estritamente individuais (vida, saúde, liberdade e propriedade), sempre fragmentário e subsidiário, sob pena de se afastar da sua missão de garantia de valores mínimos fundamentais e inalienáveis. Por outro lado, o chamado direito penal do risco tem na flexibilização do quadro protetivo individual do direito penal a forma de tutelar previamente interesses supra individuais e atingir novos fenômenos sociais, por delitos de perigo abstrato, com abandono do direito penal clássico (Silva Sánchez, 2001, p. 19). Arriscamo-nos a dizer que, isoladamente, ambos não são suficientes para a abordagem adequada ao fenômeno da criminalidade organizada, pela deficiência ou excesso, respectivamente.

¹⁶¹ Fischer, 2010, p. 31.

¹⁶² Rodrigues, 2005, p. 22.

partir de sanções penais-administrativas (multa, suspensão de direitos), mas que flexibiliza liberdades e garantias fundamentais.

Logo, o direito penal de terceira velocidade propõe a aplicação de respostas penais clássicas (privação de liberdade) mediante excepcional, temporária e proporcional redução de liberdades individuais aos delitos particularmente graves e complexos (v.g. terrorismo, organização criminosa). A proteção ao indivíduo será harmonizada à proteção do bem jurídico coletivo “segurança pública”¹⁶³. Porém, como regra devem ser aplicados o primeiro e o segundo modelos.

Uma tal solução passa pela compreensão de que o conflito entre normas-princípio naturalmente válidas transcorre na dimensão do valor. Ou seja, “a colisão ocorre, p.ex., se algo é vedado por um princípio, mas permitido por outro, hipótese em que um dos princípios deve recuar. Isso, porém, não significa que o princípio do qual se abdica seja declarado nulo, nem que uma cláusula de exceção nele se introduza”¹⁶⁴.

Sob essa perspectiva, e dentro de alguns parâmetros que proporemos a seguir, a colaboração premiada pode ser instrumento eficaz para modernizar a persecução contra organizações criminosas. E “opor-se à modernização equivale a defender um direito penal de classe, em que o ladrão convencional siga sofrendo uma pena enquanto o delinquente econômico ficaria à margem do direito penal”¹⁶⁵.

A propósito, o Brasil é signatário da convenção americana sobre direitos humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica (decreto nº 678

¹⁶³ “Perante certas formas de criminalidade, de que a criminalidade organizada e o terrorismo são exemplos, pede-se hoje ao Estado que satisfaça ‘paradoxalmente’ duas ambições: que limite os poderes do Estado, em nome da proteção dos direitos dos cidadãos; e que amplie os poderes do Estado, também em nome dos direitos dos cidadãos. O processo penal das ‘duas velocidades’, o que distingue a criminalidade pequena e média, é confrontado com a necessidade de uma ‘terceira velocidade’ que introduza diferenças no âmbito da criminalidade grave” (Antunes, 2017, p. 13)

¹⁶⁴ Diferente do que ocorre com as normas-regra, cujos conflitos se resolvem na dimensão da validade (Alexy, 1993, pp. 82–90).

¹⁶⁵ Silva Sánchez, 2001, pp. 157–164.

de 6 de novembro de 1992), a partir da qual se comprometeu a “*consolidar nesse continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem*” (Preâmbulo da Convenção)¹⁶⁶. O artigo 32.2 dispõe sobre ponderação entre liberdades e obrigações:

Artigo 32. Correlação entre deveres e direitos

(...)

2. Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, numa sociedade democrática.

Quer isso dizer que os direitos fundamentais à segurança, paz e ordem públicas não podem justificar violações indevidas aos direitos do arguido ao devido processo legal, ao contraditório, à presunção de inocência, à intimidade, dentre tantos outros¹⁶⁷.

Direitos e deveres, individuais e coletivos, limitam-se proporcional e mutuamente na medida do objetivo que motiva a colisão. “Não se trata de harmonizar duas instâncias que permanecerão tendencialmente conflituosas, mas de encontrar pontos de equilíbrio – necessariamente imperfeitos – que permitam seja resguardado um núcleo de garantias intangíveis, favorecendo ao mesmo tempo um grau mínimo de efetividade ao sistema”¹⁶⁸. Do contrário, corre-se o risco de que a coletividade não tenha suficiente proteção.

“O sentido mais geral da proibição do excesso é, como se acaba de ver, este: evitar cargas coactivas excessivas ou atos de ingerência desmedidos na esfera jurídica dos particulares. Há, porém, um outro lado da proteção

¹⁶⁶ *Convencion Americana sobre Derechos Humanos* (San José, 11/22/1969). Registro Onu: 08/27/79 No. 17955 Vol. Disponível em: < <http://www.oas.org/es/cidh/> >. Acesso em 18/08/2016.

¹⁶⁷ Trata-se, segundo as lições de Maria João Antunes, de uma das finalidades do próprio direito processual penal, ou seja, “a proteção perante o Estado dos direitos fundamentais das pessoas (do arguido, mas também de outras pessoas), e o restabelecimento da paz jurídica (comunitária e do arguido) posta em causa com a prática do crime” (Antunes, 2017, p. 14)

¹⁶⁸ Riva, 2000, p. 372.

que, em vez de salientar o excesso, releva a *proibição por defeito* (*Untermassverbot*). Existe um defeito de proteção quando as entidades sobre quem recai um *dever de proteção* (*Schutzpflicht*) adotam medidas insuficientes para garantir uma proteção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. Podemos formular esta ideia usando uma formulação positiva: o estado deve adoptar medidas suficientes, de natureza normativa ou de natureza material, conducente a uma proteção adequada e eficaz dos direitos fundamentais^{169/170}”.

Logo, para que a colaboração premiada tutele a segurança pública sem violações ao núcleo essencial de direitos individuais do arguido, cabe ao Estado analisá-la segundo os critérios de proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito¹⁷¹. É o bastante para sugerirmos:

a) a colaboração premiada como **meio** de recolha de provas apenas será **adequada** em processos contra a criminalidade organizada e os crimes cuja complexidade e gravidade exijam instrução diferenciada (**fim**). A essência da colaboração premiada é desvendar a cadeia associativa e responsabilizar todas as lideranças, em especial os autores intelectuais ou “de escritório^{172/173}”. Não há outra

¹⁶⁹ Canotilho, 2003, p. 273.

¹⁷⁰ A proporcionalidade é princípio fundamental de interpretação normativa e difundida entre os países que compõem o bloco europeu, (artigo 5º.4 do tratado da União Europeia - *Em virtude do princípio da proporcionalidade, o conteúdo e a forma da ação da União não devem exceder o necessário para alcançar os objetivos dos Tratados*). Está inserida, por exemplo, na ordem constitucional portuguesa em texto expreso (art. 18.º/2; art. 19.º/4 e 266.º/2; art. 272.º/2 da constituição da República Portuguesa).

¹⁷¹ Barroso, 2009, p. 305.

¹⁷² “Essa forma de autoria mediata pressupõe uma ‘máquina de poder’, que pode ocorrer tanto num Estado em que se rompeu com toda a legalidade, como numa organização paraestatal (um Estado dentro do Estado), ou como uma máquina de poder autónoma ‘mafiosa’, por exemplo. Não se trata de qualquer associação para delinquir, e sim de uma organização caracterizada pelo aparato do seu poder hierarquizado” (Zaffaroni e Pierangeli, 2004, p. 647).

¹⁷³ Antes da regulamentação no Brasil pela lei 12.850/13, todos os outros diplomas que, até então, faziam menção ao instituto, condicionavam-no às perseguições penais contra delinquência organizada (art. 25, §2º lei nº 7.492/86 – quadrilha; art. 8º da Lei nº 8.072/90 – “bando ou quadrilha”; art. 16, parágrafo único da lei nº 8.137/90 – “quadrilha”; art. 6º da lei nº 9.034/95 – “organização criminosa”; artigo 26 do Decreto nº 5.015/04 – Convenção de Palermo) ou à complexidade gerada pela multiplicidade de agentes ou natureza do delito (art. 159, §4º Código Penal – extorsão mediante sequestro em concurso de agentes; art. 1º, §5º da lei nº 9.613/98 - lavagem de dinheiro com pluralidade de agentes; art. 13 da lei nº 9.807/99; art. 37 do Decreto nº 5.687/06 – Convenção de Mérida; art. 41 da lei nº 11.343/06 – tráfico de drogas em associação).

razão para sua existência. Os demais meios de obtenção de prova são adequados e suficientes nos demais crimes (**subprincípio da adequação entre meio e fim**)¹⁷⁴;

b) o instituto é apenas admissível se **necessário** à formação da culpa, diante da ineficácia de outros meios de investigação (**subprincípio da necessidade**). Exemplificamos: Por regra, a ação penal por crime de falsidade documental depende da prova pericial para a formação da culpa, não da colaboração premiada;

c) a colaboração premiada é apenas admissível em caso de **proporção concreta** entre meio e fim (proteção a bens jurídicos), como forma de proibir o excesso (**subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito**). Ex.: Em investigação por crimes de furto praticados por um grupo de pessoas contra uma mesma vítima, não é cabível a colaboração premiada. Em tese, haverá conflito entre o bem jurídico “patrimônio” e direitos fundamentais do colaborador¹⁷⁵. Porém, o caso concreto permitirá aferir se o grau de comprometimento do bem jurídico recomenda a utilização de instrumentos excepcionais de investigação¹⁷⁶. No exemplo mencionado, quanto mais organizado for o grupo, quanto maior o número de crimes, a clandestinidade e a eficiência do grupo, tanto mais recomendável será a colaboração premiada para tutelar a segurança, a paz e a ordem públicas¹⁷⁷.

Mas porque propor a aplicação do instituto apenas para delitos de maior gravidade e complexidade e não para aqueles de menor potencial ofensivo se, por exemplo, no Brasil e em Portugal o consenso é permitido em crimes de pequena e média gravidade?

¹⁷⁴ Com entendimento semelhante: Costa Pinto, 1998, pp. 215–216.

¹⁷⁵ Em última instância, a segurança pública será sempre um dos bens jurídicos tutelados pela norma penal incriminadora, em conjunto ou não com outros bens jurídicos.

¹⁷⁶ "O postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma lei de ponderação cuja fórmula mais simples voltada para os direitos fundamentais diz: quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção" (Alexy, 1993, p. 157 ss).

¹⁷⁷ Esta é, inclusive, uma das propostas de reforma à legislação italiana sobre os colaboradores de justiça apresentadas por Enzo Musco, a saber, “reducir el ámbito de los delitos objeto de la colaboración” (Musco, 1998, p. 45)

Porque a colaboração premiada exige do arguido renúncia ao exercício de liberdades constitucionais. Crimes de menor potencial ofensivo não justificam tais limitações porque são vistos como uma solução de *política criminal intraprocessual* para evitar que o arguido seja estigmatizado, para acelerar sua ressocialização, ou ainda para desvincular o Estado da ideia de repressão implacável, e porque o interesse privado do arguido ganha relevância face ao bem jurídico público¹⁷⁸. Objetivos que não são compartilhados – ao menos integralmente – na colaboração premiada.

Por outro lado, a colaboração premiada depende muitas vezes da delação de terceiros pelo colaborador¹⁷⁹, o que não é adequado em crimes de menor gravidade e complexidade¹⁸⁰. E apenas na colaboração premiada há o ambiente negocial entre as partes e a participação da defesa na construção do melhor fim para o processo, o que não ocorre na diversão em delitos de pequena gravidade^{181/182}.

Portanto, é nesse contexto que propomos a análise do instituto, para que o direito penal possa “proteger o indivíduo de uma repressão desmesurada do Estado, mas proteja igualmente a sociedade e os seus membros dos abusos do indivíduo”¹⁸³.

2.2 Natureza jurídica do instituto, valor probatório, eficácia do acordo e limites à capacidade negocial.

A delação premiada, colaboração premiada ou acordo de cooperação premiada foi regulada definitivamente na lei nº 12.850/13, artigos 4º - 7º, após sucessivas

¹⁷⁸ Torção, 2000, p. 19 e 132; Costa Pinto, 1998, pp. 209–210.

¹⁷⁹ Langer, 2010, p. 55.

¹⁸⁰ Pereira, 2013, pp. 102–103.

¹⁸¹ Figueiredo Dias, 2011, p. 21.

¹⁸² Em sentido semelhante, Anabela Miranda Rodrigues esclarece que “uma solução diferenciada passa por reservar para a criminalidade de massa, ao nível processual, soluções consensuais e céleres, e, ao nível político-criminal, soluções alternativas à aplicação da pena privativa de liberdade” (2003, p. 43).

¹⁸³ Roxin, 1998, p. 76. “Para evitar que o emprego da proporcionalidade traga o risco de hipertrofia do poder do juiz e subjetivismos, o critério interpretativo deve ser conjugado à interpretação conforme à Constituição, de forma que, se a norma admitir várias interpretações, que em parte conduzem a uma conclusão de inconstitucionalidade, e por outra parte se compatibilizam com a Constituição, é a interpretação constitucional que se aplicará” (Bonavides, 2004, pp. 426–427).

previsões em leis não específicas¹⁸⁴. Pode ser celebrada a qualquer tempo pelo Ministério Público durante a investigação, após a ação penal¹⁸⁵, ou mesmo após trânsito em julgado de sentença penal condenatória¹⁸⁶.

Porém, o ordenamento jurídico brasileiro já continha normas que premiavam o arguido por seu comportamento colaborativo. Se, por exemplo, o agente desiste de prosseguir no crime ou impede o resultado, responderá somente pelos atos praticados, independente do elemento subjetivo original (art. 15 do CPB - desistência voluntária e arrependimento eficaz); ou pode ter a pena reduzida de um a dois terços se reparar o dano à vítima ou restituir-lhe a coisa mesmo após a consumação de crime não violento, (art. 16 do CPB - arrependimento posterior); se confessa o crime ou procura espontaneamente lhe atenuar as consequências, sempre terá a pena atenuada (art. 65, inciso III, alíneas *b* e *d*, todos do código penal brasileiro).

Trata-se de política criminal que busca retribuir e prevenir o crime por ação voluntária do arguido, ao apostar que a impunidade, total ou parcial, pode evitar um mal ainda maior no futuro¹⁸⁷.

Doutrina e jurisprudência ainda divergem quanto à natureza jurídica do instituto, ora considerado como fonte de prova¹⁸⁸ - pessoa ou coisa da qual se extrai o elemento de prova -, ora como meio de prova¹⁸⁹ - eficácia processual do elemento de

¹⁸⁴ Art. 159, §4º, Código penal; art. 25, §2º, lei nº 7.492/86; art. 16, parágrafo único, lei nº 8.137/90; lei nº 9.034/95 – ab-rogada; lei nº 8.884/96 – derogada; art. 1º, §5º, lei nº 9.613/98; art. 13, lei nº 9.807/99; art. 37, decreto nº 5.687/06; art. 41, lei nº 11.343/06; art. 86, lei nº 12.529/11. A expressão “colaboração premiada, inaugurada com a lei nº 12.850/13, busca afastar a noção de traição que acompanha a figura de um delator na expressão “delação premiada (Marques, 2014, p. 4).

¹⁸⁵ Musco, 1998, p. 35.

¹⁸⁶ Mesmo sem capacidade postulatória em juízo, a polícia judiciária brasileira recebeu atribuição para celebrar o acordo e, em tese, vincular juiz e partes de um futuro processo. Entendemos haver vício de validade neste ponto por violação ao artigo 129, I da Constituição Federal e, consequentemente, ao sistema acusatório. Isso porque ao celebrar o acordo de colaboração premiada a autoridade policial dispõe de prerrogativa que não possui (Essado, 2013, p. 213). A propósito, aos 29/04/2016 a Procuradoria Geral da República ajuizou a ação direta de inconstitucionalidade nº 5508/2016 contra o art. 4º, §§ 2º e 6º, da Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013, na parte em que atribui ao delegado de polícia a atribuição para celebrar acordo de colaboração premiada, ainda pendente de julgamento de mérito. Disponível em: < <http://stf.jus.br> >. Acesso em 20/09/2016.

¹⁸⁷ Conde, 1996, p. 144.

¹⁸⁸ Badaró, 2014, p. 319.

¹⁸⁹ Leal, 2013, p. 846.

prova -, ou meio de obtenção de prova¹⁹⁰- instrumento que indica a fonte e o meio de provas.

Entendemos que a colaboração premiada pode ser considerada meio de prova e meio de obtenção de prova¹⁹¹. Meio de prova porque a declaração do colaborador é analisada em conjunto aos demais elementos de prova, ainda que isoladamente não sirva como fundamento para condenação. É ainda meio de obtenção de prova porque a lei exige que as declarações do colaborador direcionem a recolha de provas. Ou seja, deve o colaborador pelo menos indicar como e onde podem ser coletadas outras provas de confirmação¹⁹². O colaborador é a fonte da prova¹⁹³.

Materialmente a colaboração premiada será causa extintiva de punibilidade pelo perdão judicial, ou causa especial de diminuição da pena, ou ainda elemento de fixação do regime de cumprimento de pena¹⁹⁴. Para isso, a sentença deve reconhecer que as declarações produziram os efeitos pretendidos com o acordo, a direcionar a formação da culpa a um nível de maturação que não seria alcançado de outra forma (artigo 4º, §11º da lei nº 12.850/13). Em outras palavras, os prêmios ao arguido dependem do reconhecimento judicial da eficácia (processual e material) da colaboração.

A lei nº 12.850/13 confia ao colaborador tratamento semelhante à testemunha, mesmo diante da sua confissão. Assim como a testemunha, deve renunciar ao direito de silenciar e de mentir em juízo.

¹⁹⁰ Essado, 2013, p. 209.

¹⁹¹ Não desconsideramos o fato de que o Capítulo II da lei nº 12.850/13 trata “Da Investigação e Dos Meios De Prova”, e coloca a colaboração premiada no rol dos *meios de obtenção de prova*, o que não lhe define a essência e a natureza jurídica, nem a sua efetiva função no processo.

¹⁹² Art. 4º, § 16 da lei 12.850/13. Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.

¹⁹³ Essado, 2013, p. 210.

¹⁹⁴ Greco Filho, 2014, pp. 26–27.

Mas o tratamento é semelhante, não idêntico¹⁹⁵. Ao contrário das testemunhas, deve ser assistido por advogado¹⁹⁶, e suas declarações, isoladamente, são insuficientes para condenar um arguido delatado. Responderá por crime específico em caso de falsas declarações (art. 19 da lei nº 12.850/13).

Suas declarações devem, antes de tudo, interessar à investigação. E se interessarem, serão analisadas segundo critérios de coerência, precisão, objetividade e potencial para gerar novas provas que confirmemos os fatos declarados¹⁹⁷. É ônus do colaborador provar aquilo que declara ou indicar o caminho para que Estado assim o faça, pelo que o seu depoimento, por si só, não garante acordo ou benefício nenhum¹⁹⁸. Dependem do colaborador as consequências benéficas do instituto¹⁹⁹, e nesse ponto difere da confissão. Portanto, não é verdade que o Estado deposita cega confiança nas palavras do colaborador. Declarações das quais se extraíam erros de percepção comuns às testemunhas devem ser avaliadas com maior rigor, uma vez que o colaborador é pessoa com profundo conhecimento interno da estrutura criminosa²⁰⁰.

O que se negocia na colaboração não é a verdade, mas a forma e as condições de se alcançar a verdade. A verdade material é inegociável no contexto das organizações criminosas e dos delitos praticados por ela²⁰¹. Não se confunde, portanto, com o consenso que tem lugar na pequena e média criminalidade em que, por opção de política criminal, a busca da verdade material é abandonada em favor da eficiência e da agilidade do processo²⁰².

¹⁹⁵ Partimos da premissa de que o regime jurídico da lei nº 12.850/13 aplica-se integralmente ao colaborador cujas declarações são prestadas nos mesmos autos em que é acusado como réu ou corréu. Caso contrário seria aplicável o regime geral das testemunhas contido no Código de Processo Penal, naquilo que compatível com as cláusulas essenciais do acordo firmado. Neste sentido: Mendonça, 2016, p. 244.

¹⁹⁶ Tal qual ocorre com os depoimentos prestados pela testemunha assistida prevista no artigo 197, *bis* do *Codice di Procedure Penale Italiano*

¹⁹⁷ Figueiredo Dias, 2011, p. 47.

¹⁹⁸ Oliveira, 2016, p. 95.

¹⁹⁹ Sanctis, 2015, p. 158.

²⁰⁰ Pereira, 2013, p. 159.

²⁰¹ Por isso discordamos de parcela da doutrina que critica a utilização da colaboração processual premiada para a criminalidade organizada e complexa sob o argumento de que haveria uma renúncia negociada à verdade do processo (Costa, 2013).

²⁰² Para os crimes classificados como de pequeno ou médio potencial ofensivo, “verdade consensuada não é a verdade material, mas uma verdade que escolhe as linhas de argumentação mais plausíveis e chega a um resultado capaz de produzir o consenso dos intervenientes no discurso”(Torrão, 2000, p. 141).

Portanto, o processo com acordo de colaboração será sempre mais favorável ao arguido do que seria sem ele, porque o arguido assume o ônus de renunciar ao exercício de liberdades constitucionais e deve ser proporcionalmente beneficiado, nunca punido com mais rigor. O elemento que define a colaboração premiada são as *recíprocas concessões entre acusação e defesa*²⁰³. É difícil imaginar que algum arguido confessará o crime, delatará os comparsas ou que se comprometerá a pagar multas caso a investigação seja frágil, ou quando não visualize a possibilidade de condenação futura²⁰⁴.

A colaboração premiada é, nesse ponto, um estímulo à investigação²⁰⁵. Se o Ministério Público pretende que o investigado e sua defesa aceitem celebrar o acordo, deverá apresentar uma investigação clara e sem vícios, a permitir que ela analise com precisão as consequências do processo²⁰⁶. A defesa negocia se quiser e quando quiser. É direito da defesa buscar a melhor estratégia possível em benefício do arguido, desde que previamente esclarecida da situação processual e das alternativas que tem em mãos^{207/208}.

Por outro lado, não é recomendável que o juiz participe das negociações. Isso porque a segurança jurídica das cláusulas estipuladas pelas partes é essencial para a existência do instituto. Cabe a ele homologar o acordo, caso cumpra os requisitos da lei, e depois analisar na sentença a eficácia dos compromissos assumidos pelas partes. Antes de homologar, porém, cabe ao juiz aferir a regularidade, a legalidade e a voluntariedade do acordo. Deve verificar, por exemplo, se o investigado foi assistido

²⁰³ Albergaria, 2007, p. 19.

²⁰⁴ Damaska, 2010, p. 92.

²⁰⁵ Sanctis, 2015, pp. 149, 160–161. No mesmo sentido: Basto, 2017

²⁰⁶ Brandalise, 2016, p. 47. Em sentido contrário, a entender que o caráter colaboracionista ou negocial podem desestimular o MP e a polícia a investigar, com retrocesso substancial nos métodos de investigação: Costa Pinto, 1998, p. 217.

²⁰⁷ Fernandes, 2001, p. 213.

²⁰⁸ “Se, de um lado, o nosso posicionamento é contrário ao agravamento de penas e ao atual ambiente de flexibilização das garantias constitucionais, não há como incluir a colaboração premiada como parte desta crítica. (...) não estamos frente a um novo formato da inquisição ou num cenário de tortura, mas no caráter voluntário do colaborador que busca a negociação” (Oliveira, 2016, pp. 93–94).

por defesa técnica, se a sua manifestação foi livre, ou mesmo se os benefícios previstos no acordo são compatíveis com a lei nº 12.850/13²⁰⁹. Deve verificar ainda se o conteúdo das declarações serve aos propósitos da lei²¹⁰. E a homologação é condição para a eficácia do acordo, a vincular as partes e o juiz, salvo posterior descumprimento ou revogação voluntária pelo arguido.

É o que se extrai do artigo 4º, §6º da lei. A razão está na relação de confiança que se estabelece entre Ministério Público e defesa. Se o juiz pudesse modificar o acordo, haveria insegurança jurídica e desequilíbrio na relação processual porque os limites da negociação estão na lei, ainda que implicitamente²¹¹.

Portanto, o juiz não deve adaptar o acordo às suas expectativas ou àquilo que acredita ser mais adequado ao colaborador. O sistema acusatório veda-lhe tal postura. Caso discorde das cláusulas pactuadas, deverá submeter as razões de sua irresignação à chefia do Ministério Público, conforme o caso (Procurador-Geral de Justiça ou Procurador-Geral da República), na forma do artigo 4º, § 2º da lei²¹², a cuja deliberação estará vinculado²¹³.

Foi o que decidiu o Supremo Tribunal Federal, ao mencionar que “(...) a homologação judicial do acordo de colaboração, por consistir em exercício de atividade de delibação, limita-se a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo, não havendo qualquer juízo de valor a respeito das declarações do colaborador. (...) Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança

²⁰⁹ Anexo I.

²¹⁰ Brandalise, 2016, p. 185.

²¹¹ Fernandes, 2001, pp. 268–270.

²¹² O artigo 4º, § 2º da lei nº 12.850/13 faz referência ao artigo 28 do CPPB. *In verbis*: Art. 28 CPPB: Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao Procurador-Geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

²¹³ Similar ao instituto do *patteggiamento* italiano, pelo qual se veda a interferência do juiz no acordo de vontade para, por exemplo, alterar os termos da proposta, a reservar a função de controle e garantia, bem assim a última palavra sobre a congruência dos fins esperados da imposição da pena, podendo optar, por exemplo, pela absolvição do arguido se assim as provas demonstrarem (Fernandes, 2001, pp. 225–228).

tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador”²¹⁴.

Uma vez homologado o acordo, o Estado terá o dever de observar as condições pactuadas apenas se o colaborador cumprir integralmente com suas obrigações (art. 4º, §11 da lei). Se o juiz avaliar na sentença que a colaboração foi útil para o processo²¹⁵, dirá sobre o cumprimento total ou parcial dos compromissos pactuados, e só então atribuirá ou não o prêmio previsto no acordo ao arguido, ainda que parcialmente²¹⁶. Ainda assim, poderá absolver o arguido caso entenda improcedente a ação penal^{217/218}.

Em outras palavras, não é o acordo nem a homologação que vinculam a sentença aos benefícios prometidos, mas a certeza de que a contribuição do arguido foi decisiva para alcançar a verdade²¹⁹. Ou seja, a sentença vincula-se aos termos do acordo na medida do cumprimento dos deveres pelo arguido²²⁰.

Portanto, a colaboração premiada não significa restrição à atividade do juiz no processo penal, senão prestígio à capacidade resolutiva das partes, com o mínimo de sacrifício a direitos fundamentais²²¹.

²¹⁴ STF - HC nº 127483/Paraná. Relator: Min. Dias Toffoli. 27/08/2015.

²¹⁵ Sanctis, 2015, pp. 148–149.

²¹⁶ Greco Filho, 2014, p. 28. No mesmo sentido, conferir: STF, HC 129877/Rio de Janeiro, 1ª Turma. Relator Ministro Marco Aurélio. 18.4.2017. Disponível em < www.stf.jus.br >. Acesso em 14/05/2017.

²¹⁷ Essado, 2013, p. 222.

²¹⁸ Trata-se do já mencionado julgamento proferido na Petição nº 7074/2017 (Relator Ministro Edson Fachin), oportunidade em que ficou definido que o instituto da colaboração é legítimo negócio jurídico processual regido por normas de direito público a delimitar o ambiente negocial, pelo que é vedado ao juiz participar das negociações. Poderá tão somente aferir a eficácia do acordo por ocasião da sentença, e “no ato de homologação não é dado ao magistrado, de forma antecipada, tecer qualquer valoração sobre o conteúdo das cláusulas avançadas, exceto nos casos de flagrante ofensa ao ordenamento jurídico vigente. Se assim agir, estará, de modo indevido, interferindo na atuação dos órgãos de investigação, porque a celebração do acordo não é medida submetida à reserva de jurisdição”.

²¹⁹ Sanctis, 2015, p. 167.

²²⁰ STF. Petição 7074 DF, relator. Min. Edson Fachin, julgamento em 21, 22, 28 e 29.6.2017. Dessa forma, o juiz se despe da função precípua de buscar a salvação processual, mas cumpre também o papel de oferecer eficácia social (Rodrigues, 1996, p. 531).

²²¹ “Seria letra morta garantir às partes a *delação* premiada e não lhe conferir eficácia, dada a ausência de participação do Judiciário” (Sanctis, 2015, p. 148). A intervenção judicial no acordo é vista pela Corte Europeia de direitos Humanos como elemento que desqualifica a sua imparcialidade para apreciar o mérito e, portanto,

Por outro lado, o poder de negociação das partes não é ilimitado, porque obedece a critérios distintos do acordo privado. Trata-se de acordo público, regulado por normas cogentes, em função de interesses indisponíveis. Por certo a lei 12.850/13 não teria como exaurir as possibilidades - ou mesmo as necessidades - de uma negociação entre Ministério Público e defesa. Até porque, como pontuado, não há organizações criminosas idênticas, a exigir estratégias personalizadas.

Nesse ponto a lei determina apenas que a) a negociação deve ocorrer entre defesa e Ministério Público ou autoridade policial; b) caberá arquivamento, suspensão da ação penal, perdão, redução de pena ou substituição da prisão por outras medidas não restritivas de liberdade, ou ainda progressão de regime prisional como prêmios ao arguido e; c) o arguido compromete-se com a verdade, sob pena de rescisão do acordo.

Mas se o acordo contém compromissos acessórios, lícitos e conexos ao objetivo de contra-conduta a que se propõe o arguido, não haverá ilegalidade. Uma cláusula acessória a prever, por exemplo, a revogação de medida cautelar sobre imóvel do colaborador, ou a concessão de liberdade sob vigilância eletrônica, ou o recolhimento do investigado à prisão domiciliar em substituição à prisão preventiva, não estará prevista no artigo 4º mas é compatível com a lei, com o sistema premial e com os direitos fundamentais do arguido.

Importa que os compromissos firmados entre colaborador e Ministério Público sejam compatíveis com os objetivos da investigação e da lei, obedecidos critérios de proporcionalidade. Não seria possível ao Ministério Público, por exemplo, comprometer-se na fase de investigação a pedir a absolvição judicial do arguido pela

atenta contra as bases do sistema processual penal acusatório. Neste contexto, conferir: *Cubber v. Belgium*, no. 9186/80, ECtHR (Chamber), Judgment (Merits) of 26.10.1984, A86. "(...)the Court recalls that a restrictive interpretation of Article 6 para. 1 (art. 6-1) - notably in regard to observance of the fundamental principle of the impartiality of the courts - would not be consonant with the object and purpose of the provision, bearing in mind the prominent place which the right to a fair trial holds in a democratic society within the meaning of the Convention (...)".

falta de prova da autoria porque o instituto exige a confissão da culpa. Não seria possível ainda pactuar o cumprimento de prisão domiciliar perpétua pelo arguido, ou inserir uma cláusula de admissibilidade de provas ilícitas, por absoluto impedimento constitucional.

Por outro lado, a) o compromisso do arguido de ressarcir o erário com bens que componham o seu patrimônio pessoal, para além do produto do crime; b) ou o de encerrar todas as empresas envolvidas em fraudes e branqueamento de capitais, e de não integrar o quadro societário de qualquer empresa do mesmo ramo durante certo período; c) ou ainda a cláusula que obrigue o colaborador traficante de drogas a construir e manter centro de reabilitação para dependentes químicos ou projetos de inclusão social a menores em situação de risco social durante certo período, são cabíveis em acordos de colaboração premiada, mesmo sem previsão expressa na lei.

Os termos do acordo devem reproduzir a realidade persecutória a partir dos contornos da organização criminosa investigada, dos crimes praticados por ela, e das características específicas dos envolvidos. Nesse contexto, o descumprimento de quaisquer compromissos assumidos no acordo de colaboração premiada, por qualquer das partes, ou a expressa retratação da acusação ou da defesa, retira-lhe a eficácia.

Portanto, analisaremos alguns desafios à compreensão do instituto numa perspectiva de conformação à matriz constitucional e ao sistema de normas brasileiros, com a expectativa de identificar fronteiras dentro das quais a colaboração processual premiada alcança a plena eficácia processual pensada pelo legislador.

2.3 A lógica da desigualdade punitiva: os princípios da contra-ofensividade e da isonomia

Compreender o princípio da contra-ofensividade na colaboração premiada passa por definir seu referencial antagônico: o princípio da ofensividade.

Em síntese, não há organização humana sem a figura do Estado, como poder político e jurídico capaz de promover a ordem social com excepcional uso da força²²². O direito penal é uma das formas de exercício legítimo desse poder coercitivo. Mas por conviver com tensões entre liberdades, deve se ocupar dos bens jurídicos mais caros à sociedade²²³ e, ainda assim, apenas nas hipóteses de graves violações a eles (princípio da fragmentariedade), quando outras esferas do direito não lhes ofereçam a suficiente tutela estatal (princípio da subsidiariedade), e desde que a conduta do agressor produza efeitos para além de sua esfera própria de proteção e disponibilidade (princípio da alteridade ou da ofensividade)²²⁴.

Em outras palavras, o direito penal sofre influência do princípio da alteridade ou da ofensividade porque sua “eficácia normativa depende de facto ofensivo à esfera de outrem, com efeitos danosos ou perigosos a bens jurídicos estranhos à pessoa do agressor”²²⁵. Trata-se de consequência da intervenção mínima do direito penal, como *última ratio* de responsabilidade²²⁶.

O princípio da contra-ofensividade é construído em simetria oposta. Se o crime é resultado de uma conduta que ofende um bem jurídico, o arrependimento servirá

²²² Bacelar Gouveia, 2014.

²²³ Bens jurídicos são a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso. (...) Devem considerar-se concretizações de valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais e à ordenação social, política e econômica. É por esta via – e só por ela, em definitivo – que os bens jurídicos se ‘transformam’ em bens jurídicos dignos de tutela penal ou com dignidade jurídico-penal (Figueiredo Dias, 2004, p. 110).

²²⁴ Roxin, 2008, p. 252.

²²⁵ Ao discorrer sobre a teoria do *harm principle* desenvolvida pelo filósofo John Stuart Mill na obra *On Liberty*, Andrew Von Hirsch lembra que o princípio do dano (...) “*ha sido utilizado em la discusión anglo-americana como argumento frente a la prohibición penal del consumo de alcohol, de la prostitución o de la homosexualidad*”. Mas foi Joel Feinberg quem desenvolveu o pensamento de Mill para concluir que há outras vias para legitimar a criminalização de condutas, para além do dano efetivo a bens jurídicos alheios, a partir dos chamados efeitos ofensivos da conduta (*Offence to others*), com risco de consequências lesivas, mesmo que apenas potencial (Hirsch, 2007, pp. 39–40).

²²⁶ “Os bens jurídicos cuja lesão se revela digna de pena serão tratados pelo direito penal. Bens jurídicos nos quais, afinal se concretiza, em último termo, a noção sociológica fluida de danosidade ou da ofensividade sociais” (Figueiredo Dias, 2004, p. 109). Aliás, o célebre jurista português alerta para os efeitos desastrosos do designado Estado Providência e sua preocupação demasiadamente interventora sob a crença de que tem mecanismos para cura de todos os males, inclusive pelo direito penal em áreas nas quais não mereceria intervir. Tem mais credibilidade social o Estado que age menos, mas com mais efetividade (Figueiredo Dias, 2005, p. 62).

como contra conduta se oferece proteção ao mesmo bem jurídico contra as consequências ofensivas do delito, para preveni-las, diminuí-las ou as eliminar²²⁷. Ou seja, o arrependimento interessa ao direito penal quando a conduta seja contra-ofensiva, a recompor total ou parcialmente o bem jurídico violado.

Entende parte da doutrina que a colaboração premiada não é contra-ofensiva e, portanto, não pode beneficiar o colaborador quando resultar do “arrependimento processual”, que beneficiaria apenas a instrução probatória sem recompor materialmente o bem jurídico ao *status quo*²²⁸. Portanto, enquanto na “colaboração substancial” o arguido contribui para a prevenção de novas infrações penais, recuperação do objeto ou pessoa, e redução das consequências do crime²²⁹, a colaboração processual, segundo essa corrente, seria estranha ao plano da ofensividade.

Porém, este não é o melhor entendimento. O “arrependimento processual” tem potencial não apenas de impedir ofensas futuras ao mesmo bem jurídico²³⁰, mas também para repercutir positivamente na culpabilidade do arguido e, por consequência, alterar as premissas iniciais que justificam a sua pena. Portanto, como conduta contra-ofensiva também no plano material.

Em outras palavras, se a culpa (bilidade)²³¹ pode ser entendida como o juízo de reprovação contra o autor do fato por sua conduta ilícita²³², a contribuição dele para formar sua própria culpa no processo (arrependimento processual) servirá como contra conduta a condicionar positivamente a mesma culpa e o *quantum* da pena,

²²⁷ Flora, 1984, p. 154.

²²⁸ Carlo Rugga Riva distingue o arrependimento substancial e o processual. No primeiro a contribuição do arguido produz efeitos materiais, para a prevenção de novas infrações penais, recuperação do objeto ou pessoa e atenuação das consequências do crime. Por outro lado, o arrependimento processual produz efeitos instrutórios, em colaboração com o Estado para a produção de elementos de prova que superem a dúvida razoável e permitam a formação da convicção judicial (2000, pp. 347–348).

²²⁹ Padovani, 1981, p. 534.

²³⁰ Riva, 2000, p. 375.

²³¹ Não consideramos, neste ponto, o conceito de culpa *latu senso*, como elemento volitivo da conduta típica (dolo e culpa em sentido estrito).

²³² Bitencourt, 2002, p. 277.

mesmo que não recomponha o bem jurídico violado pelo crime como no arrependimento substancial. Logo, além de contra-ofensivo a futuras infrações, o arrependimento processual atenua a reprovabilidade delitiva e, por consequência, a pena devida ao arguido.

Se a finalidade da pena é ao menos retribuir e prevenir²³³, o arrependimento processual do colaborador sinaliza que aquele processo não carece da pena total para alcançar seus objetivos, pelo que a sanção pode ser proporcionalmente reduzida.

Cabe ressaltar, por outro lado, que não haverá violação ao princípio da isonomia se apenas parcela dos arguidos praticar uma conduta contra-ofensiva, a merecer reconhecimento do Estado (se assim determinado por lei), porque o tratamento será proporcional à desigualdade entre eles.

O prêmio que parece colocar em descompasso a gravidade do crime com a punição estatal, responde na verdade ao critério de retribuição (da culpa, e não do fato)²³⁴. Ou seja, “enquanto o castigo é uma reação a uma ação má, o prêmio é uma reação a uma ação boa. No primeiro caso, a reação consiste em restituir o mal ao mal, no segundo, o bem ao bem”²³⁵.

Logo, é possível analisar a justiça penal negociada também sob a ótica da isonomia pela retribuição da culpa. Se a pena é uma resposta excepcional do Estado

²³³ Costa, 2013, p. 94.

²³⁴ A oposição entre funcionalidade do sistema e as garantias do arguido é abordada com profundidade por Fernando Fernandes no contexto da diversificação processual para crimes de pequena e média criminalidade. Concordamos que a opção política fundamental estabelecerá o modelo político-criminal no Estado, tendo no maior ou menor aprofundamento da análise da culpabilidade o fator essencial para afirmar uma maior aproximação de um modelo preferencialmente garantista ou funcional, respectivamente (Fernandes, 2001, p. 9–13 e 50). Dito de outro forma, “*la pena que es útil para la consecución de sus fines sociales, si no esta limitada por el principio de culpabilidad, trata como cosa a la persona que va a ser sometida a ella, pero la pena que se ve limitada por la culpabilidad de una manera mas que marginal pierde su funcionalidad*” (Jakobs, 1992, p. 1052). Na perspectiva da colaboração premiada, o que nos importa no momento, o assunto será melhor explorado em capítulo seguinte.

²³⁵ Bobbio, 1977, pp. 24–25.

contra um dano social, a conduta daquele que se propõe a evitar o dano ou limitar a sua extensão deve ser também considerada para encontrar a medida da sanção justa²³⁶.

Seria possível então celebrar acordo de colaboração premiada com todos os arguidos ao mesmo tempo? O acordo apenas com um arguido ou com alguns deles não seria desleal com os demais que também desejam colaborar? Qual o critério para definir com quem será celebrado o acordo caso mais de um arguido manifeste o desejo de colaborar?

Devemos sempre partir do pressuposto de que há vontade livre de colaborar e que cada acordo, se houver, será personalizado a partir do conteúdo das declarações e do potencial para alcançar os resultados previstos em lei (art. 4º da lei²³⁷).

Dito isto, é possível que acordos de colaboração premiada sejam celebrados em simultâneo com diversos arguidos no mesmo processo. Mas é necessário atentar para dois aspectos, um processual e outro material.

Processualmente não é possível premiar mais de um arguido por revelar o mesmo fato. Mesmo que a lei não seja clara, há três critérios para a celebração do acordo: tempo, relevância, novidade. Poderá ser premiado o primeiro arguido (tempo) que preste declarações com circunstâncias não conhecidas e não provadas no processo (novidade), e relevantes para a formação da culpa (relevância).

Declarações de um arguido com o mesmo conteúdo que uma outra já realizada nada revelam e não são relevantes para o processo. Isso porque não importa quantos arguidos confirmem um mesmo fato, sempre serão necessárias outras provas de confirmação, conforme determina a lei. Ainda assim outros arguidos podem ser

²³⁶ Musco, 1998, pp. 43–44.

²³⁷ Art. 4º. (...) I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

beneficiados pela colaboração premiada no mesmo processo caso suas declarações produzam algum dos efeitos previstos na lei, a revelar fatos ou circunstâncias até então não conhecidos.

Materialmente, a primeira declaração já será suficiente para recompor o bem jurídico protegido pela norma criminal violada. Uma segunda ou uma terceira colaboração sobre o mesmo fato não têm eficácia material.

Porém, seja qual for a modalidade de arrependimento, o benefício dependerá da recomposição do mesmo bem jurídico ofendido pela conduta criminosa do arguido. Caso contrário aplica-se ao arguido mais o estatuto da testemunha que do colaborador^{238/239}.

Portanto, numa investigação criminal contra grupo criminoso organizado (crime de organização criminosa) que pratica crimes de corrupção e fraudes em contratos públicos, por exemplo, não é adequado premiar o criminoso que forneça naquela investigação provas sobre crime de furto ou de falsidade documental que não tenham relação com os crimes investigados, ainda que praticados pela mesma organização criminosa²⁴⁰. Nesse caso, não houve recomposição do bem jurídico tutelado pela norma. Poderá, todavia, ser premiado por revelar detalhes da própria organização (crime de organização criminosa).

Ademais, se o mesmo colaborador se propuser a fornecer provas sobre qualquer outra organização criminosa a que pertença, mas sem relação com a organização criminosa investigada naquele processo, não poderá ali ser premiado, porque a

²³⁸ Flora, 1984, p. 169.

²³⁹ Essado, 2013, p. 210. No mesmo sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. “(...) De fato, a delação premiada assemelha-se à confissão espontânea, mas com esta não se confunde, por estar condicionada a outros pressupostos legais, mais rigorosos e específicos (...)”. STJ. Habeas Corpus nº 123.380 – Distrito Federal (2008/0273314-1). Quinta Turma. Relator: Ministro Félix Fischer. 24/03/2009. Disponível em < www.stj.jus.br >. Acesso em 09/03/2017.

²⁴⁰ Partimos da premissa de que o crime de organização criminosa é autônomo frente aos crimes praticados pela organização criminosa.

pretensão de colaborar não se presta a recompor o bem jurídico tutelado na persecução²⁴¹.

Ainda que o objeto da investigação seja ampliado, a colaboração só produzirá efeitos premiais quanto ao fato que se presta a desvelar. Assim restará observado o princípio da contra-ofensividade²⁴².

Em resumo, se alguém é investigado e acusado em ação penal pelos crimes A e B, mas sua colaboração relaciona-se apenas ao crime A, não poderá beneficiar-se com os efeitos da colaboração em relação ao crime B por não haver ali conduta contra-ofensiva.

2.4 (In)Compatibilidade da colaboração premiada com o princípio da obrigatoriedade da ação penal e com a discricionariedade do *adversarial system*

Segundo a doutrina, o direito processual penal brasileiro foi pensado para obedecer ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública²⁴³. Porém, não há norma expressa nesse sentido²⁴⁴.

Por outro lado, o artigo 42 do CPPB²⁴⁵ determina que é do interesse público a persecução criminal, a retirar da vítima a livre disposição sobre o processo penal. Oferecida a ação penal pública, não caberá ao Ministério Público dela desistir^{246/247}.

²⁴¹ Caso o colaborador se proponha a prestar informações sobre uma organização criminosa especializada em roubo de cargas da qual faz parte, por exemplo, mas que não guarda relação com a organização investigada, não poderá por esta colaboração ser premiado naquela persecução.

²⁴² Flora, 1984.

²⁴³ Tucci, 2013, pp. 116–119; Greco Filho, 2012, p. 135; Figueiredo Dias, 1989, p. 93.

²⁴⁴ Por regra, o artigo 24 do CPPB é utilizado como norma que justificadora, *in verbis*: *Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo (sem grifo no original).*

²⁴⁵ Art. 42 do Código Penal Brasileiro: O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.

²⁴⁶ Costa Pinto, 1998, p. 201.

²⁴⁷ Segundo Ferrajoli (1995, p. 563), não se prestam - nem o princípio da obrigatoriedade nem o da indisponibilidade - como pressupostos de existência ou de validade de um sistema processual penal que se pretenda acusatório. “*Por ejemplo, si forman parte tanto del modelo teórico como de la tradición histórica del proceso acusatorio la rígida separación entre juez y acusación, la igualdad entre acusación y defensa, la publicidad y la oralidad del juicio; no puede decirse lo mismo de otros elementos que, aun perteneciendo*

Os países de cultura jurídica romano germânica, como Portugal, Alemanha, Itália e Áustria, por exemplo, adotam modelos semelhantes²⁴⁸. Isso significa que o órgão que representa o poder punitivo do Estado deverá movimentar a jurisdição quando houver indícios de autoria e materialidade do crime²⁴⁹.

Também a obrigatoriedade da ação penal é fruto das opções de política criminal de cada país²⁵⁰. Vimos que no sistema acusatório público importa ao Estado a verdade. Poderá então esse mesmo Estado intervir de ofício para que o processo alcance o melhor resultado possível²⁵¹, a garantir paridade de armas ou suprir omissões probatórias das partes²⁵². Nesse sistema a obrigatoriedade da ação penal atende a dois interesses do Estado: igualdade de punição aos infratores²⁵³ e controle do órgão que acusa^{254/255}.

históricamente a la tradición del proceso acusatorio, no son logicamente esenciales a su modelo teórico, como la discrecionalidad de la acción penal, el carácter electivo del juez, la sujeción de los órganos de la acusación al poder ejecutivo, la exclusión de la motivación de los juicios del jurado, etc” (sem grifo no original).

²⁴⁸ Torção, 2000, p. 127.

²⁴⁹ Teixeira, 2000, p. 50.

²⁵⁰ Ao citar expressamente o pensamento de Mir Puig e a concepção tridimensional do Direito, com suas dimensões normativa, fática e valorativa, Fernando Fernandes atribui à dogmática ocupar-se da norma no campo penal, à criminologia do fato, e à política criminal do valor inerente ao sistema concebido em dado país. Ou seja, os critérios axiológicos definidos pela política criminal determinarão a valoração normativa do substrato fático para solução a um dado problema do sistema. (Fernandes, 2001, p. 32). Maria João Antunes, a citar V. Liszt, designa o fenômeno tridimensional de “ciência total do direito penal” (2017, p. 7).

²⁵¹ Andrade, 2013, pp. 111–112.

²⁵² Damaska, 1986, p. 112.

²⁵³ Fernandes, 2001, p. 92.

²⁵⁴ Torção, 2000, p. 125; Costa Pinto, 1998, p. 200.

²⁵⁵ Trata-se, todavia, de falsas garantias para satisfazer um sentimento de eficácia estatal que, em verdade, não existe. Isso porque o Estado não consegue investigar todos os crimes, nem todas as vítimas levam os fatos ao conhecimento das autoridades, em especial quando se trata de organizações criminosas em que prevalece a regra do silêncio (Ardizzone, 2000, p. 187). “(...) veladamente, está a mesma autoridade policial fazendo a função de titular da ação penal, em completo desrespeito ao funcionamento do sistema como um todo, já que usurpa função que não é sua, mas do Ministério Público e do Poder Judiciário” (Brandalise, 2016, p. 170). No mesmo sentido: Neves, 2011, p. 345; Scarance Fernandes, 2012, p. 199; Fernandes, 2001, p. 93. A obrigação de ofertar a ação penal apenas seria fator de igualdade entre os cidadãos se o Estado conhecesse e investigasse todos os crimes, o que de fato não acontece. Especificamente nesse ponto, Figueiredo Dias e Costa Andrade apontam que o papel seletivo da polícia no controle do volume investigatório, por critérios quaisquer, é o primeiro sinal de discricionariedade e insuficiência do princípio da obrigatoriedade para os fins específicos de promoção da igualdade persecutória (Figueiredo Dias e Costa Andrade, 1997, p. 222 e 223). No mesmo sentido, cfr. Caeiro, 2000, p. 33.

Portanto, se a colaboração é negociada para limitar o exercício da ação penal (art. 4º, §§ 3º e 4º da lei nº 12.850/13)²⁵⁶, estaríamos a violar o sistema processual e o princípio da obrigatoriedade da ação penal, tal qual alertado pela doutrina²⁵⁷?

Não. Desde que a autorização esteja na lei. O próprio sistema já autoriza o Ministério Público ao exercício discricionário da ação penal em situações excepcionais, como na transação penal²⁵⁸.

Se há na lei a obrigação de acusar, nada impede que a própria lei estabeleça exceções fundamentadas e espaços de discricionariedade. Trata-se da oportunidade regradada da ação penal²⁵⁹.

Mas vamos um pouco mais além. A opção por ritos alternativos não pode ser incompatível com um princípio que não existe. Na verdade, o Estado tem o dever de tomar uma providência diante de uma notícia de fato criminoso²⁶⁰, dentre as quais oferecer a ação penal²⁶¹. E isso significa que a condução do processo deve ser pautada pelo princípio da legalidade²⁶², como forma de preservar a justiça penal de “tentações de arbitrariedades e arbítrios” que comprometam a sua credibilidade²⁶³ e garantir a confiança na relação entre indivíduo e Estado²⁶⁴.

²⁵⁶ Art. 4º § 3º O prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional. § 4º Nas mesmas hipóteses do caput, o ministério público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador: I - não for o líder da organização criminosa; II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

²⁵⁷ Coutinho e Carvalho, 2007, p. 101.

²⁵⁸ Art. 76, lei nº 9.099/95. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o ministério público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

²⁵⁹ Fernandes, 2001, p. 274.

²⁶⁰ Fernandes, 2001, pp. 275–277.

²⁶¹ Brandalise, 2016, p. 170; Antunes, 2017, p. 65.

²⁶² O termo “princípio da legalidade” a qual aludimos deve ser entendido como dever de respeito à norma jurídica “que preveja os diversos atos processuais, as diversas formas do processo, a tramitação essencial do processo penal” (Costa Pinto, 1998, p. 195). Não ignoramos, contudo, a polissemia da expressão e as inúmeras garantias individuais penais, v.g *lex scripta*, *lex praevia*, *lex stricta*.

²⁶³ Caeiro, 2000, pp. 32–33.

²⁶⁴ O designado “princípio da confiança”, extraído da necessária legalidade processual, confere ao cidadão a prerrogativa de “saber previamente como as coisas se podem passar (...), através de lei prévia do modelo de realização da justiça penal” (Costa Pinto, 1998, p. 196).

A perseguição ao crime tem lugar em qualquer movimento do Estado para revelar as circunstâncias do crime, desde o conhecimento do fato até eventual sentença do juiz. A ação penal é uma das manifestações estatais possíveis na persecução criminal. Esta sim obrigatória.

E se a ação penal não é obrigatória, são legítimos os instrumentos de persecução que buscam a via alternativa da negociação, desde adequados aos objetivos de segurança pública contra novas formas de delinquência grave.

É por isso que não concordamos que a colaboração premiada, na forma como regulada no Brasil, dependeria de um modelo de absoluta discricionariedade da ação penal, típico dos países do *commom law*²⁶⁵, como os Estados Unidos. Não custa repetir que nesses países o resultado final do processo não é mais importante que a autonomia da vontade das partes²⁶⁶, razão pela qual podem negociar qualquer aspecto processual ou material do conflito, desde que intermediado pelo Estado²⁶⁷.

Num tal contexto, o Ministério Público tem legitimidade para suspender a persecução se entender que não há interesse jurídico (ex. a pena, o crime ou as consequências para a vítima não justificam o esforço do Estado), político (delito não prioritário), criminal (investigado que colabora com a instrução), ou financeiro (ex. custos do processo superam o dano)²⁶⁸.

²⁶⁵ Segundo as sempre precisas lições de Figueiredo Dias, “as proposições político criminais hão de ser, também elas, procuradas dentro do quadro de valores integrantes do consenso comunitário e mediados ou positivados pela Constituição democrática do Estado”(1983, p. 12). “A política criminal terá a medida e a força que lhe advêm da concreta constelação axiológica de que recebe o impulso para agir e da fonte onde radica a legitimidade do poder que exprime. É a partir *do que é* que a criminologia avança juízos do dever-ser; e é a partir *do que deve ser* que a política criminal se propõe transformar o que é” (Figueiredo Dias e Costa Andrade, 1997, p. 112). Ainda segundo o célebre jurista português, o abandono por completo do modelo atual em favor daquele estritamente acusatório conduziria a um *pântano movediço* sem que em nada ajude na solução dos *problemas pavorosos* de ineficácia do sistema atual (Figueiredo Dias, 2011, p. 15).

²⁶⁶ Fernandes, 2001, p. 83.

²⁶⁷ Torráo, 2000, pp. 127–129.

²⁶⁸ É o que recomenda a União Europeia aos Estados-membros cujos sistemas processuais tenham na discricionariedade um dos pilares da política criminal (Recomendação nº R (87) 18 do comitê de ministros do conselho da Europa). Concordamos mais uma vez que essa (funcionalidade – capacidade de produção de efeitos socialmente úteis para o indivíduo e para a coletividade, e instrumento de legitimação da pena) é uma das razões para que um modelo processual penal fundado em premissas dogmáticas, como é o modelo acusatório romano-germânico típico da Europa continental e Brasil, não pode voltar-se unicamente para assegurar igualdade e formalidade na aplicação do direito material, senão permitir decisões valorativas e finalísticas de

Além disso, nos Estados Unidos parte dos membros do Ministério Público é eleita pelo voto popular, enquanto a outra parte é livremente escolhida pelo Presidente ou pelo Governador²⁶⁹, com perfil partidário. Basta dizer que uma das funções dos *United States attorneys* é promover a defesa judicial dos órgãos do governo federal²⁷⁰.

Logo, se nesses países o Estado pode negociar com a parte contrária e redefinir todos os aspectos da persecução, como a quantidade da pena, a natureza do crime, os fatos que serão imputados ao arguido, o rito a ser seguido ou mesmo as provas admissíveis naqueles autos, o faz legitimado pelas premissas de política criminal traçadas pelo Poder político ou pelo voto popular.

O *Parquet* norte americano poderá, por exemplo, renunciar discricionariamente à propositura de qualquer ação penal porque prestará contas tão somente ao Presidente, ao Governador ou aos seus eleitores, que lhes sustentam politicamente²⁷¹. Assim, a eficiência e a funcionalidade do sistema prevalecem frente à formação da culpa, à retribuição e À prevenção da pena, ou à verdade material²⁷². Uma disfunção contra a qual nos opusemos ao longo do trabalho, e para a qual a colaboração premiada não contribui.

política criminal, paralelas à sua função de garantia individual ao arguido, ainda que sob o risco de ocultar, eventualmente, interesses ideológicos e políticos contrários à segurança coletiva e liberdade individual, vez que o processo penal, por natureza, é vulnerável a estas interferências (Fernandes, 2001, p. 45 e 56), até porque ele é o “sintoma do espírito político-constitucional de um ordenamento jurídico” (Figueiredo Dias, 1988, p. 35).

²⁶⁹ Felkenes, 1974, p. 143. À exceção dos Estados de *New Jersey, Connecticut, Rhode Island e Delaware*, em que os membros do ministério público são escolhidos por nomeação Chefe do Poder Executivo, em todos os demais Estados americanos os cargos de *State Attorney General, Municipal Attorney, County Attorney e District Attorney* são providos por processo eletivo. Por sua vez, os cargos de Procuradores Federais (o *United States Attorney General* e os *United States Districts Attorneys*) são também providos por nomeação do Presidente dos E.U.A (Albergaria, 2007, pp. 33–34).

²⁷⁰ Simon, 1988, p. 140. A Constituição da República Federativa do Brasil (art. 129, IX) veda, expressamente, ao Ministério Público a *representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas*.

²⁷¹ Albergaria, 2007, pp. 35–36. No mesmo sentido: Langer, 2010, p. 27.

²⁷² Figueiredo Dias, 2011, p. 22.

Porém, no Ministério Público autônomo como é concebido no Brasil²⁷³, não há lógica em concentrar nele a titularidade privativa do *ius puniendi* estatal (art. 129, I da CFB) e também a discricionariedade quanto ao respectivo exercício, porque faltariam mecanismos de controle sobre a forma como o poder é utilizado. E o controle está na lei²⁷⁴.

Fosse conferido ao Ministério Público, além da titularidade privativa da ação penal, o poder de dispor livremente sobre o seu exercício, estaríamos diante de hipertrofia do órgão frente aos demais Poderes a enfraquecer os mecanismos de controle mútuos²⁷⁵.

Concordamos com Faccini e Ramires nesse ponto, que “democracia é (também) controle, e nosso sistema democrático é infenso à concentração de poderes definitivos em uma só pessoa, ainda que, à primeira vista, essa concentração possa parecer se dar em nome da proteção de direitos constitucionalmente assegurados. Nesse ambiente, rechaça-se a figura do promotor plenipotenciário, como bem assim não se cogita de um juiz ou uma defesa técnica onipotentes”²⁷⁶.

Sem contar que uma tal concentração de poderes colocaria em risco o princípio da igualdade, porque não seria possível ao Ministério Público oferecer tratamento uniforme aos arguidos num sistema em que promotores e procuradores gozam de independência funcional.

²⁷³ Art. 127, § 1º CFB - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional. § 2º Ao ministério público é assegurada autonomia funcional e administrativa (...).

²⁷⁴ Se o Ministério Público fosse também dada a liberdade de determinar, apenas por si, a seleção dos fatos em relação aos quais deveria haver ação penal, haveria clara intromissão em funções que apenas cabem ao legislador penal, entidade a quem compete delimitar o programa político-criminal substantivo (Torrão, 2000, p. 158).

²⁷⁵ Caeiro, 2000, pp. 41–45. O então Procurador Geral Adjunto do Ministério Público Português, Francisco Teodósio Jacinto, em artigo específico sobre o tema, esclarece com elegância que “a autonomia do Ministério Público não se pode tornar num “poder autárquico anticonstitucional”, nem se reconduzir a “uma forma de exílio institucional”, devendo todas as intervenções obedecer a critérios de objetividade e legalidade. A autonomia do Ministério Público será tanto mais perfeita e mais plena quanto mais extenso e transparente for o seu dever de prestar contas à comunidade”(Jacinto, 2009, p. 18). No mesmo sentido: Figueiredo Dias, 2007, p. 196 e 206.

²⁷⁶ Faccini Neto e Ramires, 2016, pp. 50–51.

Logo, se a vítima não tiver o direito de propor a ação penal privada²⁷⁷ nem instrumentos para contestar as escolhas discricionárias feitas pelo titular da ação penal (destituindo-o pelo voto ou, indiretamente, por critérios hierárquicos), o Ministério Público perderá legitimidade social e será gradativamente enfraquecido para que o sistema volte ao equilíbrio. Uma discricionariedade que se aproximaria mais do arbítrio do que da realização da justiça²⁷⁸ e seria fruto da tentativa de combinar aspectos incompatíveis de dois sistemas distintos.

Portanto, a oportunidade e a discricionariedade presentes na colaboração premiada são compatíveis com o modelo acusatório público se a própria lei indica os limites mínimos e máximos de consenso, numa “eficiência funcional orientada”²⁷⁹, sob pena de desvio funcional do agente público²⁸⁰. Espaço para oportunidade que poderá ser ampliado pelo legislador, a considerar a gravidade dos delitos, o interesse da perseguição, e o controle judicial²⁸¹. E em países que comungam semelhantes valores ético-políticos o “paradigma emergente de política criminal”²⁸² é o resultado da negação de modelos radicais²⁸³, puramente liberais ou inquisitivos.

²⁷⁷ Art. 129 Constituição Federal Brasileira. São funções institucionais do ministério público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; (...).

²⁷⁸ Teixeira, 2000, pp. 21–33.

²⁷⁹ Expressão do professor Jorge de Figueiredo Dias, para quem a negociação de sentença penal, quando *decorrência de um processo funcionalmente orientado*, é exigência irrenunciável do Estado de Direito, e busca seu fundamento constitucional no escopo primeiro do processo penal, qual seja, realização das finalidades do Estado, garantia dos direitos das pessoas, especialmente arguidos e vítimas, porquanto traduz os deveres irrenunciáveis do Estado de proteção da segurança de seus cidadãos, da credibilidade das instituições estatais, celeridade da prestação jurisdicional (Figueiredo Dias, 2011, p. 16 e 32). É verdade que a Constituição da República Portuguesa consagra expressamente o princípio da tutela judicial efetiva (art. 20º, 1 a 5), também extraído da Carta Republicana Brasileira a partir da conjugação do artigo 3º, inciso I, e artigo 5º, incisos XXXV, LX e LXXVIII, com redação que muito se aproxima àquela consagrada no texto fundamental português.

²⁸⁰ Concordamos com Máximo Langer que propõe que o compartilhamento de institutos jurídicos entre sistemas processuais penais tão distintos como o são o *adversarial* e o continental Europeu/Latino Americano, deve passar pelo processo de *translation*. Tratando-se de dois sistemas distintos de produção de sentidos e propósitos, a transferência de tais institutos jurídicos, como o *plea bargaining*, deve ser entendida como uma decisão tomada pelos tradutores (reformadores da lei) como produto das diferentes estruturas existentes entre as línguas traduzida e tradutora (sistemas processuais), de forma que as palavras guardem o significado que devem possuir no sistema para o qual hão de ser transferidas. O *prosecutor*, por exemplo, pode designar a parte que tem interesse no resultado condenatório do futuro processo, segundo o sistema *adversarial*, ou aquele “imparcial magistrado do Estado cuja função é investigar a verdade”, no sistema romano-germânico (Langer, 2010, pp. 8–14). Ainda: Damaska, 2010, p. 84.

²⁸¹ Teixeira, 2000, p. 24.

²⁸² Uma vez mais, trata-se de expressão criada por Figueiredo Dias (2005, p. 63) na obra “Direito Penal Português”, por ocasião do discurso sobre as “Consequências jurídicas do crime”.

²⁸³ Torráo, 2000, p. 105 e 115.

2.5 A colaboração premiada como atestado de ineficiência estatal: um mito construído a partir da “ética associativa” e seus reflexos no valor da prova

A ONU indicava já em 2012 que a colaboração premiada tinha o poder de detalhar o funcionamento de uma organização criminosa, sua estrutura, seu *modus operandi*, e sua disposição financeira²⁸⁴, com precisão de difícil alcance por outros meios de recolha de provas²⁸⁵.

Trata-se de uma relação de confiança entre o Estado e o colaborador que começa antes mesmo do acordo formal. O Ministério Público precisa saber previamente de todas as informações que dispõe o colaborador para que possa visualizar a repercussão das declarações no processo. Se o conteúdo das informações preliminares nada acrescentar às investigações, naquilo que exige a lei, não haverá acordo. Se o investigado, por outro lado, não concordar com os benefícios oferecidos pelo Ministério Público, assim também não o haverá.

Nesse ponto parece haver uma contradição. O arrependimento do arguido é fruto de uma traição aos outros criminosos com os quais se associara. Algo como uma indignidade criminosa ou desrespeito à confiança entre os membros do grupo e à obrigação inviolável do silêncio entre eles (*omertá*). A lei, portanto, estaria a fomentar a traição “detestável mesmo entre os celerados”, e a “sociedade a mostrar sua própria fraqueza por implorar a ajuda de quem a ofende”²⁸⁶.

²⁸⁴ Riva, 2000, p. 370.

²⁸⁵ *United Nations Conference on Trade and Development (TD/B/C.I/CLP/16): Cross-border anticompetitive practices: The challenges for developing countries and economies in transition. 19 April 2012.* “(...) não há dúvida de que os programas de leniência são as mais eficazes e essenciais ferramenta de investigação do cartel. Em alguns casos, como mencionado acima, há países que promovem a persecução de cartéis internacionais sem qualquer aplicação ao instituto da clemência. No entanto, sem os colaboradores eles enfrentam uma série de obstáculos difíceis e provavelmente acabarão com falha após longas e assustadoras investigações. Também permite que as agências compartilhem informações e coordenem estreitamente as suas investigações desde o início. Dadas todas as vantagens da colaboração, o estabelecimento de um programa de clemência eficaz deve ser prioridade política”. Disponível em: < www.un.org >. Acesso em 10/11/2016.

²⁸⁶ Beccaria, 1998, p. 147. Não obstante isto, o autor reconhece como vantagens do instituto “a prevenção de delitos importantes e que, sendo patentes os seus efeitos e ocultos os seus autores, atemorizam o povo. (...) quem não é fiel às leis, isto é, ao público, é provável que não o seja ao privado”.

Em outras palavras, exige-se uma relação de confiança com uma pessoa sobre a qual recai natural desconfiança pela recente traição aos então aliados.

Sustentam alguns críticos que, num tal contexto, o Estado não apenas declara a sua ineficiência persecutória e subjuga-se ao crime, mas também desqualifica o valor imanente da fidelidade²⁸⁷ e da moralidade pública²⁸⁸, com consequências negativas para a credibilidade do acordo²⁸⁹.

A nosso sentir, trata-se de argumentos com frágil lógica intuitiva.

A própria lei não exige do colaborador a delação a coautores do mesmo crime para que ele receba os benefícios (artigo 4º, incisos IV e V, lei nº 12.850/13). Logo, a infidelidade aos consorciados não é condição para o acordo com o Estado.

Por outro lado, as organizações criminosas atuais se aproximam cada vez mais de grandes empresas. Seus “sócios” estão ligados cada vez menos por laços de afeto e confiança e mais por critérios econômicos e financeiros²⁹⁰. As organizações criminosas da atualidade são formadas por grandes grupos econômicos que dominam setores do mercado, ou por agentes políticos corrompidos em troca de vantagem financeira. Pouco se identifica de valores de fidelidade entre os membros do grupo, senão um compromisso profissional entre eles²⁹¹.

Portanto, o Estado não tem o dever de respeitar qualquer pacto de fidelidade entre os membros de uma organização criminosa cuja existência é ilícita por si só²⁹². Constituir, financiar ou integrar organização criminosa é crime no Brasil. Qualquer compromisso que se assume em benefício dela é também ilícito por derivação.

²⁸⁷ Beccaria, 1998, pp. 146–148.

²⁸⁸ Coutinho e Carvalho, 2007, p. 101.

²⁸⁹ Carvalho e Lima, 2009, p. 133.

²⁹⁰ Ardizzone, 2000, pp. 208–209.

²⁹¹ Morosini, 2000, pp. 273–275.

²⁹² Marques, 2014, p. 5.

Antes da ética associativa ou do pacto de fidelidade da organização criminosa há o pacto social de convivência harmônica entre as pessoas²⁹³. Todo ser humano que vive em sociedade tem o dever de observar os dispositivos constitucionais que garantem a existência digna, a paz e segurança pública²⁹⁴.

A traição, se há, parte dos criminosos, não do Estado. E se algum deles busca reparar ou atenuar o dano que provocou, seja para garantir benefícios ou por verdadeiro sentimento de remorso, pratica conduta moralmente justificada²⁹⁵. Para além disso, o silêncio entre os criminosos lhes serve tão somente para garantir a própria vida, não para sustentar compromissos morais recíprocos.

Por outro lado, ainda que seja possível acreditar que algum colaborador estará verdadeiramente arrependido dos crimes que cometeu, na prática os arguidos analisam cuidadosamente as provas recolhidas até aquele momento e apenas colaboram com as investigações após projetarem mentalmente os resultados prováveis do processo²⁹⁶. Trata-se de uma postura utilitarista do arguido que não deve repercutir negativamente no valor das provas que serão produzidas a partir da colaboração.

Em outras palavras, a colaboração premiada não merece ser questionada em seu valor probatório ao ser produzida por um interessado no benefício que pretende obter, porque todas as informações prestadas por ele devem ser confirmadas por outras provas. Não se trata de buscar a verdade a qualquer preço. Exigir uma *reconversão ideológica ou política* do colaborador é “admitir um direito penal do autor, comprometido com o propósito de mudar, pela coação, as suas convicções morais ou religiosas, aquelas que pertencem ao foro da íntima consciência. Nada mais

²⁹³ Torção, 2000, p. 35.

²⁹⁴ Interessante observar que é o próprio Cesare Beccaria quem, na mesma obra já mencionada, reverbera a teoria do contrato social em que homens renunciam a parcela de sua liberdade pela paz pública, como resultado do pensamento iluminista e da cultura jusnaturalista. “(...) se cada membro particular está ligado à sociedade, esta está, da mesma maneira, ligada a todos os membros particulares através de um contrato que, de sua própria natureza, obriga as duas partes” (1998, p. 66).

²⁹⁵ Conde, 1996, pp. 151–152.

²⁹⁶ Damaska, 2010, p. 92.

hipócrita”²⁹⁷. O instituto justifica-se mais pelo objetivo de política criminal, apontada para os propósitos do auxílio ao processo e à verdade material, do que uma avaliação positiva da moral, no campo do valor²⁹⁸. Trata-se de uma técnica/estratégia legítima de defesa ao acusado e seu defensor²⁹⁹.

Como delineamos linhas atrás, as declarações do colaborador precisam a) interessar à investigação, na forma da lei; b) obedecer a critérios de coerência, precisão e objetividade e; c) ao menos indicar provas que confirmem todos os fatos declarados³⁰⁰. Sem isso não haverá acordo ou benefício³⁰¹. Em resumo, não interessam ao Estado brasileiro os motivos que levam o arguido a colaborar, mas o compromisso dele com a verdade provada.

É por isso que o acordo deve ser precedido de exaustivas conversas entre Ministério Público e defesa. Para evitar que o instituto perca sua credibilidade por membros de organizações criminosas dispostos a mentir, por vezes recrutados para tumultuar a investigação. É o que mostrou a experiência italiana no combate às máfias³⁰².

Portanto, as declarações dos colaboradores devem ser analisadas com prudência pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário, pois são direcionadas por interesses pessoais do declarante e, por vezes, indevidas pressões externas³⁰³.

²⁹⁷ Seria o mesmo que exigir que um terrorista ou chefe de uma complexa organização criminosa se apresente às autoridades dizendo “me arrependo do que fiz, reconheço que o sistema democrático é o melhor dos sistemas possíveis, fui um perigoso terrorista e me converti num fervoroso democrata, e isso é o que me levou agora a colaborar com vossas Excelências e confessar os fatos nos quais participei” (Conde, 1996, p. 151).

²⁹⁸ Pereira, 2013, p. 24. “(...) não interessa se o sujeito resolve delatar para sair da cadeia, por vingança, por ciúmes etc. — a lei não fala disso. A questão é se aquilo que o sujeito diz pode ser provado, porque só a sua palavra não tem valor nenhum. É nisso que as pessoas continuam errando. O sujeito pode ter a motivação que for, se ele não provar o que eu fala, ninguém pode ser condenado” (Basto, 2017).

²⁹⁹ Stefani, 1994, p. 30. Este caminho também é perfilhado por Marlus H. Arns de Oliveira, ao traçar um paralelo entre as disposições do novo Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil - Resolução nº 2/2015 do Conselho Federal da OAB (Oliveira, 2016, p. 89). No mesmo sentido: Sanctis, 2015, p. 149.

³⁰⁰ Figueiredo Dias, 2011, p. 47.

³⁰¹ Oliveira, 2016, p. 95.

³⁰² Padovani e Falcone, 2012, pp. 23–24.

³⁰³ Mehrens, 2000, p. 341.

Em boa hora a legislação brasileira estabeleceu que *nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador* (art. 4º, §16 da lei nº 12.850/13), com previsão de crime específico para o caso de falsa colaboração (art. 19 da lei).

2.6 A vontade do arguido: renúncia a direitos fundamentais?

Há quem entenda que a colaboração premiada hipertrofia a atividade do Ministério Público, porque concentraria as funções de acusar e julgar, em substituição ao Poder Judiciário³⁰⁴.

Não é verdade. O acordo de colaboração premiada produzirá efeitos apenas se for homologado pelo juiz. Ainda assim será necessária a formação da culpa, com acusação formal, contraditório, instrução probatória e sentença em relação a todos os envolvidos - inclusive os colaboradores -, salvo na excepcional hipótese prevista no art. 4º, § 4º da lei nº 12.850/13³⁰⁵.

Não haverá julgamento pelo Ministério Público, mas solução negociada, não impositiva. Não há que se falar em procedimento inquisitivo porque a verdade não é produzida unilateralmente pelo órgão que acusa³⁰⁶.

³⁰⁴ Khaled Jr., 2010, p. 302. Conferir ainda o artigo intitulado “Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado”, em que os autores parecem afirmar que o acordo padece de vício de inexistência, por aplicar pena ao arguido a despeito do Poder Judiciário (Coutinho e Carvalho, 2007, p. 102). A crítica ao conteúdo supostamente “mercantilista” dos ritos processuais fundados no consenso e a substituição da jurisdição pela negociação entre as partes, em especial no que se refere ao contexto do *patteggiamento* italiano são também reforçadas por Luigi Ferrajoli (1995, pp. 750–751).

³⁰⁵ Neste ponto reside uma das principais distinções da colaboração premiada com a *plea bargaining*, para a qual a *guilty plea* põe termo final à formação da culpa, ao passo que a confissão do colaborador no sistema processual penal romano-germânico, por si só, não encerra a instrução criminal e a formação da culpa (Langer, 2010, p. 15).

³⁰⁶ Há muito resta superada a noção de “verdade real” como princípio diretivo da atividade processual penal, porque incompatível com o regime das provas ilícitas - suscetível portanto a servir de fundamento a potenciais arbitrariedades (Faccini Neto e Ramires, 2016, p. 45) e utópica, na medida em que a instrução probatória não consegue reproduzir com fidelidade fatos do passado, senão garantir, por atividade argumentativa e demonstrativa, cognição suficiente e possível para aferição segura dos fatos postos diante da autoridade julgadora. Sobre o tema conferir: Dallagnol, 2016, pp. 110–114; Barros, 2010, p. 32.

Mas dentro de uma tal prerrogativa da defesa, é possível a ela dispor de direitos fundamentais do réu no processo penal, ambiente de potencial perda da liberdade?

Certamente que não, porque direitos fundamentais são indisponíveis.

Mas, segundo a lei (art. 4º), a decisão de colaborar deve ser voluntária. Por isso parte da doutrina entende haver, por exemplo, vício de vontade na colaboração de réu preso, ao afirmar que, *“por óbvio o espírito da voluntariedade inexistente nesse ambiente e compromete a iniciativa da delação premiada, que é buscada para se obter a liberdade”*³⁰⁷.

Não compartilhamentos do entendimento.

A defesa não dispõe livremente do direito à liberdade do arguido no acordo porque a colaboração premiada não é fundamento para a prisão, mesmo a cautelar (art. 312 CPPB brasileiro). A prisão cautelar é cabível mesmo sem acordo entre Ministério Público e defesa. Mas se o investigado está preso, um bom acordo de colaboração premiada conterà cláusulas que proíbam, por exemplo, a destruição de provas, a fuga, a ameaça a testemunhas, ou a continuidade delitiva. Violando-as, o acordo será revogado e o investigado poderá retornar ao cárcere.

Em outras palavras, o investigado não permanecerá preso por deixar de colaborar com a justiça³⁰⁸, nem retornará à prisão tão somente por descumprir alguma cláusula do acordo. Não há uma tal previsão na lei brasileira. Mas se colaborar, é possível que as condições pactuadas pelas partes façam desaparecer os motivos que determinaram a prisão cautelar³⁰⁹.

³⁰⁷ D’Urso, 2015, p. 65. No mesmo sentido, cfr. Matta, 2017, pp. 23–24

³⁰⁸ STF. HC 138207/Paraná. Relator: Min. Luiz Edson Fachin. 22/04/2017.

³⁰⁹ É imprudente reverberar discursos não científicos construídos por agentes públicos investigados, em especial na designada “Operação Lava Jato”, sem confrontá-los com números. Procura-se qualificar a colaboração premiada com a etiqueta de instrumento coativo, inquisitivo e não democrático, a recomendar uma qualquer alteração legislativa que impeça sua celebração com arguidos presos porque juízes e membros do Ministério Público promovem prisões de investigados para coagi-los a colaborar, como condição para a liberdade. Mas os números revelam exatamente o contrário. Segundo dados oficiais, dos 155 acordos de

Mesmo preso o arguido não perde sua capacidade de aceitar o acordo³¹⁰. Até porque a “(...) declaração de vontade do agente deve ser produto de uma escolha com liberdade (= liberdade psíquica), e não necessariamente em liberdade, no sentido de liberdade física”³¹¹. Se a prisão retirasse do arguido a capacidade de discernir e de consentir, a confissão de arguido preso deveria seguir a mesma lógica³¹². Ao contrário, beneficia o arguido a ponto de merecer como prêmio a diminuição da pena caso venha a ser condenado (artigo 65, III, *d* do código penal brasileiro)³¹³.

A presença do advogado é pressuposto de validade ao ato. O artigo 4º, §15 da lei nº 12.850/13 determina que *em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor*. Portanto, ainda que a lei não seja clara, o consentimento do advogado é também obrigatório no acordo. É o que assegura transparência ao ato e evita dúvida sobre o estado de ânimo do colaborador³¹⁴.

A propósito, cabe mencionar que a corte constitucional americana enfrentou a discussão sobre a voluntariedade da colaboração prestada pelo arguido no caso *Brady v. United States* 397 U.S. pag 742 (1970)³¹⁵, após procedimento de *guilty plea*. Destacamos, no essencial:

colaboração premiada celebrados até o momento na “Operação Lava Jato”, apenas 23 deles (14,84%) foram celebrados com colaboradores presos. E dentre estes, apenas 7 (4,51%) ganharam a liberdade após o acordo. Disponível em: < <http://lavajato.mpf.mp.br> > Acesso em 19/04/2017. No mesmo sentido: Basto, 2017.

³¹⁰ Novais, 2006, pp. 254–255.

³¹¹ STF – HC 127483/Paraná, relator Ministro Dias Toffoli. Tribunal Pleno. Julgamento: 27/08/2015.

³¹² Lima, 2010.

³¹³ Não obstante as sensíveis diferenças que separam a colaboração processual premiada da *plea bargaining*, interessante destacar que a Suprema Corte norte americana em reiteradas oportunidades afirma que nem mesmo a possibilidade de pena capital é suficiente para desqualificar a vontade da *plea of guilty*, desde que a defesa tenha sido devidamente informada de todas as consequências do acordo. Por todos, conferir *Brady v. United States* 397 U.S. 742 (1970), “*A plea of guilty is not invalid merely because entered to avoid the possibility of the death penalty, and here, petitioner's plea of guilty met the standard of voluntariness, as it was made "by one fully aware of the direct consequences" of that plea*”.

³¹⁴ Greco Filho, 2014, p. 32.

³¹⁵ Disponível em: < <https://supreme.justia.com> >. Acesso em 19/09/2016.

“That a guilty plea is a grave and solemn act to be accepted only with care and discernment has long been recognized. Central to the plea and the foundation for entering judgment against the defendant is the defendant's admission in open court that he committed the act charged in the indictment. He thus stands as a witness against himself, and he is shielded by the Fifth Amendment from being compelled to do so - hence the minimum requirement that his plea be the voluntary expression of his own choice. But the plea is more than an admission of past conduct; it is the defendant's consent that judgment of conviction may be entered without a trial - a waiver of his right to trial before a jury or a judge. Waivers of constitutional rights not only must be voluntary, but must be knowing, intelligent acts done with sufficient awareness of the relevant circumstances and likely consequences. On neither score was Brady's plea of guilty invalid.”

Queremos dizer com isso que na colaboração premiada o consentimento do arguido significa a renúncia ao exercício de direitos fundamentais, não ao direito em si. Trata-se de requisito que subjaz à manifestação da vontade no acordo, mas não lhe retira a conformação constitucional.

Isso porque o arguido goza do pleno exercício de suas liberdades quando celebra o acordo, como o direito ao silêncio e à ampla defesa. Mas a existência humana digna também depende da capacidade de se autodeterminar, a permitir que o arguido renuncie ao exercício desses direitos (ou a parcela deles), com liberdade e consciência sobre as consequências do ato, nos termos da lei. Possuirá sempre uma alternativa ao acordo: enfrentar a instrução probatória e aguardar a sentença.

O arguido não renuncia às suas liberdades constitucionais porque não tem poder para isso. Nem o seu próprio consentimento nem a lei poderiam retirá-las definitivamente da sua esfera jurídica. Seus direitos estarão preservados, mesmo que o arguido decida não os exercer por algum tempo.

Direito fundamental individual é uma liberdade, e sua essência está também na liberdade de não exercê-lo, dentro de regras definidas pela lei³¹⁶. Quando um cidadão, por exemplo, renuncia ao seu direito fundamental à privacidade domiciliar e solicita à autoridade policial que entre em sua residência por suspeitar da presença de criminosos, ou quando consente que uma ordem judicial seja cumprida durante a noite, faz opções livres e válidas³¹⁷.

Dito de outro forma, a renúncia ao exercício de direitos fundamentais não significa privar definitivamente o arguido de sua posição jurídica³¹⁸, senão um compromisso voluntário e temporário de não invocar aquela liberdade fundamental contra o Estado, cujos poderes são reforçados proporcionalmente ao direito enfraquecido do arguido, desde que, “no quadro de livre conformação de sua vida”, o arguido extraia vantagens únicas, que não obteria de outra forma. Mas o arguido ainda será titular do direito, com poderes de revogar o ato de renúncia a qualquer tempo³¹⁹.

“Num Estado não paternalista como é essencialmente o Estado de direito, que assenta na dignidade da pessoa humana e faz do livre desenvolvimento da personalidade individual um valor fundamental, esta situação de direitos de exercício obrigatório é claramente excepcional. Só o Estado paternalista se arroga a pretensão de proteger sistematicamente o cidadão contra si próprio”³²⁰.

³¹⁶ Recomendamos a leitura da obra “Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria”, do professor Jorge Reis Novais, em que a matéria é tratada à exaustão, especialmente quanto aos pressupostos, conteúdo, modalidades e critérios para renúncia válida ao exercício de direitos fundamentais, sempre sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana. Refere o autor que o tema da renúncia a direitos fundamentais é especialmente relevante nas relações entre o Estado e o cidadão, “pois é aqui que, primariamente, os direitos fundamentais cobram seu sentido. E o resultado definitivo será apurado através da ponderação de valores e bens jurídicos” entre as razões e interesses constitucionais e fim visado. (2006, p. 213, 268 e 279).

³¹⁷ O artigo 15.2 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, por exemplo, prevê expressamente a possibilidade de renúncia ao direito fundamental à nacionalidade originária. Disponível em: < <http://www.un.org/> >. Acesso em 04/11/2016. Canotilho prefere o termo *sujeição voluntária* ou *limitação voluntária ao exercício de direitos*, vez que não há perda da titularidade do direito fundamental, desde que condicionada à reserva de lei, ato voluntário e específico, poder de revogação a qualquer tempo, a partir de soluções alcançadas pelo exercício da *concordância prática e ponderação* (Canotilho, 2003, pp. 463–467).

³¹⁸ Alexy, 1993, pp. 189–191.

³¹⁹ Novais, 2006, p. 219 e 224-235.

³²⁰ Novais, 2006, p. 235.

A própria Corte europeia de direitos humanos entende, por exemplo, que o acordo que contenha renúncia do arguido ao direito de recorrer é admissível desde que “o tribunal informe ao arguido não só sobre seu direito de recorrer, mas que ele está livre para apresentar recurso independente do acordo formulado”³²¹.

Porém, se a renúncia voluntária do colaborador aumenta a atuação positiva do Estado, apenas a lei tem o poder de conformar as novas prerrogativas estatais à Constituição, em respeito ao princípio da reserva legal (art. 37 da constituição brasileira)³²².

Por fim, vale lembrar que não é possível retirar do investigado o direito de dizer a verdade³²³. Se o arguido deve ser responsabilizado por falsas imputações a terceiros (Art. 339 CPB e art. 19 da lei nº 12.850/13³²⁴), e tem o direito constitucional de manter-se em silêncio, é razoável prever benefícios àquele que deseja contribuir para um processo penal eficiente³²⁵.

2.7 Eficácia do acordo penal na esfera civil de responsabilidade

A força das atuais organizações criminosas sustenta-se em dois pilares: relação parasitária com o Estado e considerável poder econômico³²⁶.

³²¹ *European Court of Human Rights. Court (Fifth Section). CASE OF LITWIN v. GERMANY. Application number: 29090/06.*

³²² Novais, 2006, p. 262.

³²³ Andrade, 2006, p. 202.

³²⁴ Art. 339 CPB. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa.

Art. 19, lei 12.850/13. Imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa

³²⁵ Segundo Thaman, “não haverá mais verdade ou mais justiça” para aqueles que submeteram-se ao processo de formação da culpa com todas as garantias do que para aqueles que optaram por uma resolução mais rápida e menos complicada, quando assim se permite o ordenamento (*different strokes for different folks*) (2010, p. xxxv).

³²⁶ “O *proprium* da criminalidade organizada consiste na paralisação do braço que deve combatê-la” (Hassemer, 1994, p. 8).

Sabe-se que não é possível alcançar uma eficiência persecutória sem o enfraquecimento financeiro das organizações criminosas por medidas simultâneas de responsabilidade civil que permitam a recomposição integral do patrimônio público e a quebra do vínculo entre crime e Estado³²⁷.

Ao regulamentar o artigo 37, § 4º da constituição da República Federativa do Brasil³²⁸, a lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 dispõe em 25 artigos sobre *as “sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional”*³²⁹, graduadas de acordo com a modalidade do ato de improbidade praticado pelo agente: enriquecimento ilícito (art. 9º), dano ao erário (art. 10), e violação aos princípios administrativos (art. 11).

Conhecida como lei de improbidade administrativa (LIA), sofreu ao longo do tempo tentativas de derrogação por sua inegável eficiência, em contexto histórico descrito por Wallace Paiva Martins Júnior:

A deturpação tradicional do poder disseminou na sociedade brasileira inconveniente, insuportável e incômoda cultura da improbidade administrativa, pela qual os maiores e mais gritantes escândalos eram vistos com passividade geral como decorrência da naturalidade das coisas, como se fossem absoluta, elementar e naturalmente lícitos aos agentes públicos a obtenção de vantagens ilícitas, o malbaratamento dos recursos do erário, o vilipêndio aos princípios da Administração Pública e o desprezo aos direitos e garantias individuais e sociais³³⁰.

³²⁷ Pazzaglini Filho, 2002, p. 16.

³²⁸ Art. 37, §4º CFB. § 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

³²⁹ São elas: perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; ressarcimento integral do dano, quando houver; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos por período de 3 (três) a 10 (dez) anos; multa civil calculada com base no acréscimo patrimonial indevido ou na remuneração do agente; e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário

³³⁰ Martins Júnior, 2001, p. 2.

A lei de improbidade administrativa é importante mecanismo de dissuasão e punição contra os agentes públicos e particulares atraídos pela facilidade econômica inerente à investidura em função pública. Há, todavia, um dispositivo na lei que repercute nos objetivos do presente trabalho. Trata-se do artigo 17, §1º, que veda *a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput*³³¹.

Numa interpretação literal, seria possível dizer que o acordo de colaboração premiada não pode ser utilizados como prova emprestada na esfera civil contra os mesmos arguidos (inclusive o colaborador), assim como todas as provas obtidas como resultado das informações prestadas por ele, tais quais *frutos da árvore envenenada*³³².

Porém, é difícil imaginar que o membro de uma organização criminosa celebrará acordo com o Ministério Público na esfera penal e se comprometerá a ressarcir o valor total do dano sem a garantia de que não será integralmente punido na esfera civil pelos mesmos fatos.

Na forma como está redigida a lei, a natureza premial do instituto é enfraquecida porque não protege os interesses do colaborador em todas as esferas de responsabilidade. Mesmo que o acordo penal contenha cláusulas a prever, por exemplo, o perdão judicial ao colaborador (art. 4º da lei nº 12.850/13), ou a renúncia

³³¹ Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo ministério público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar. § 1º **É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput** (grifo nosso).

³³² A essência da doutrina revela, em apertada síntese, que o vício de invalidade originária de uma prova irradia seus efeitos aos demais elementos informativos que com ela mantenham relação de exclusiva e necessária causalidade ou derivação (Costa Andrade, 2006, pp. 312–318). A Suprema Corte Norte americana, ainda em 1920, no julgamento do caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, lançou mão da construção jurídica pela primeira vez para, à luz da 4ª Emenda Constitucional, declarar a invalidade de provas obtidas como desdobramento necessário de buscas e apreensões ilegais em investigação por delitos fiscais. Contudo, a expressão *fruits of the poisonous tree* foi utilizado pela primeira vez em 1939 na apreciação de provas derivadas de interceptações telefônicas ilegais, no julgamento do caso *Nardone v. United States*. Disponível em: < <https://supreme.justia.com> >. Acesso em 16/03/2017. Para uma percepção detalhada sobre a eficácia do referido pensamento jurídico no ordenamento brasileiro conferir: STF. RHC 90.376/Rio de Janeiro, Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 03/04/2007.

ao *jus puniendi* (art. 4º, § 4º), a lei nº 8.429/92 autoriza o Ministério Público a perseguir na esfera civil boa parte das penas que se comprometeu a renunciar.

Ocorre que não nos parece seja esta a melhor interpretação. Nesse ponto, cabe uma breve ressalva histórica.

No ano de 2015 o Brasil passava por um período de perturbações políticas, sociais e jurídicas que culminaram, em setembro de 2016, com o impedimento e a perda do mandato eletivo da então Presidente da República. Ainda no curso do procedimento político-administrativo, a Presidente editou a medida provisória nº 703, de 18 de dezembro de 2015, para alterar a lei nº 12.846/13, que trata da responsabilidade civil e administrativa de pessoas jurídicas por atos contra administração pública e, dentre outros, regula o instituto do “acordo de leniência” (prêmio administrativo às empresas envolvidas em ilícitos, a exemplo da colaboração premiada na esfera penal).

O artigo 2º, inciso I da medida provisória nº 703/15 revogou expressamente o artigo 17, §1º da lei 8.429/92 pelo potencial de inviabilizar os acordos pretendidos pela lei nº 12.846/13. Ocorre que a medida provisória não foi apreciada pelo Congresso Nacional no prazo determinado pelo artigo 61, § 3º da constituição brasileira³³³, razão pela qual perdeu vigência no dia 29 de maio de 2016.

Dito isto, o artigo 17, § 1º da lei nº 8.429/92 não resiste a uma interpretação sistemática sob o filtro do decreto-lei nº 4.657, de 4 de Setembro de 1942, conhecido como lei de introdução às normas do direito brasileiro, que define critérios gerais de aplicação, sucessão, interpretação, vigência e eficácia das leis brasileiras.

³³³ Artigo 61, § 3º CFB. As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

Segundo consta, “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, **quando seja com ela incompatível** ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior” (art. 2º, § 1º do decreto-lei nº 4.657/42).

Impedir o acordo entre Ministério Público e arguido na esfera civil limita a eficácia da lei nº 12.850/13. Ao proibir que a colaboração premiada produza efeitos favoráveis ao arguido também na esfera civil de responsabilidade, a LIA dificulta a via do consenso penal por significar insegurança jurídica não pretendida pelo ordenamento³³⁴.

Ademais, é coerente tratar dos interesses civis no acordo penal se, para além de buscar a celeridade do processo, os aspectos indenizatório e punitivo-pedagógico³³⁵ forem tutelados adequadamente.

Cabe mencionar ainda que a lei 13.140, de 26 de junho de 2015 – também norma posterior de mesma hierarquia -, ao dispor sobre a auto composição em conflitos que envolvem entidades da administração pública brasileira, autoriza os acordos em ações de improbidade administrativa, desde que homologados judicialmente^{336/337} (art. 3º e 36, §4º).

Cabe ressaltar ainda que o interesse público tutelado nas ações civis por ato de improbidade administrativa, e que serve de fundamento para a proibição contida no artigo 17, § 1º da lei nº 8.429/92, não é maior que o interesse público tutelado na

³³⁴ Adotando posicionamento semelhante no contexto do processo administrativo/punitivo português de contra-ordenações, conferir: Figueiredo Dias, 2011, pp. 102–107.

³³⁵ Dino, 2016, p. 534.

³³⁶ Art. 3º. Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. Art. 36. § 4º. **Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o caput dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator** (sem grifo no original).

³³⁷ Forma com os demais diplomas normativos um verdadeiro “microsistema de prevenção e combate à corrupção”(Corrêa Filho, 2016, p. 571).

persecução criminal. Aliás, ambas (persecuções criminal e civil) são por regra indisponíveis³³⁸.

Portanto, seja pela aplicação dos critérios temporal e material na solução de conflito aparente de normas, seja pela interpretação teleológica do artigo 4º da lei nº 12.850/13, é possível concluir que o acordo de colaboração premiada celebrado na esfera penal tem potencial para produzir efeitos na persecução civil por ato de improbidade administrativa.

O Ministério Público brasileiro tem reconhecido aos seus membros legitimidade funcional para uma tal postura³³⁹, e aos poucos é acompanhado pelos tribunais, que enxergam um desequilíbrio do sistema nesse ponto³⁴⁰.

3 Conclusões

O que se busca com o modelo de recompensa é enfrentar a fidelidade que existe entre membros de organizações criminosas e que dificulta a persecução penal. Atacar sociedades criminosas que utilizam instrumentos de intimidação socioeconômicos requer instrumentos processuais penais extraordinários³⁴¹.

Mas é necessário encontrar o equilíbrio entre os espaços de liberdades fundamentais (vetor garantia) e os valores sociais mais relevantes para o Estado, com atenção às realidades socioculturais e não a um “universo paralelo e abstrato” (vetor funcionalidade)³⁴².

³³⁸ Art. 42. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.

³³⁹ Neste sentido conferir: resolução nº 01/2017 do conselho superior do Ministério Público do estado do Paraná (Disponível em: < <http://www.mppr.mp.br> >. Acesso em 09/02/2018); resolução nº 02/2017 do conselho superior do Ministério Público do estado do Amapá (Disponível em: < <http://www.mpap.mp.br> >. Acesso em 09/02/2018); tese nº 5.1 aprovada no I congresso do patrimônio público e social do Ministério Público do estado de São Paulo, para definir que “o instituto da colaboração premiada, por analogia, pode ser aplicado aos atos de improbidade administrativa” (Disponível em: < [ww.mpsp.mp.br](http://www.mpsp.mp.br) >. Acesso em 24/06/2017)

³⁴⁰ Sobre o tema conferir os seguintes acórdãos: TRF5, Apelação Cível nº 0000441-05.2007.4.05.8101; TJ/PR, AI nº 1488012-5). Disponível em: < www.trf5.jus.br > e < www.tjpr.jus.br >. Acesso: 18/03/2018.

³⁴¹ Musco, 1998, p. 38.

³⁴² Fernandes, 2001, pp. 71–72.

O presente trabalho analisou a colaboração premiada como instrumento que serve bem a tal propósito, cujas conclusões podem ser assim pontuadas:

- A evolução tecnológica global, a burocracia e a ineficiência estatais contribuem para fortalecer as organizações criminosas;
- Os instrumentos de persecução penal contra organizações criminosas devem ser modernos, funcionais, e compatíveis com a constituição. Apenas o respeito aos direitos do arguido legitima o direito penal;
- Na colaboração premiada o arguido participa da construção da prova buscada pelo Estado. É compatível com o sistema acusatório público se a discricionariedade tem seus limites na lei;
- Para a concordância prática entre liberdades individuais e coletivas a colaboração premiada deve ser utilizada apenas:
 - a) No combate ao crime organizado ou aos crimes particularmente complexos e graves (adequação);
 - b) Quando necessária para a investigação (necessidade);
 - c) Quando o caso concreto recomende a sua aplicação (proporcionalidade em sentido estrito);
- Por exigir a renúncia ao exercício de direitos fundamentais, a colaboração premiada não é cabível em delitos de pequena e média gravidade;
- O arguido apenas pode renunciar ao exercício de liberdades fundamentais por decisão livre, assistida e revogável;
- O arrependimento processual repercute positivamente na culpa (reprovabilidade) e na quantidade da pena, enquanto o arrependimento material tem potencial contra-ofensivo também ao bem jurídico;
- É possível celebrar acordos com mais de um arguido, desde que cada declaração obedeça a requisitos processuais (tempo, novidade e relevância) e material (recompôr o bem jurídico ou a culpa);
- A colaboração premiada é estratégia de defesa e estímulo à investigação, pelo que não há que se falar em traição ou conduta antiética do Estado;

- A decisão que homologa o acordo é condição de eficácia, e nela o juiz analisa a regularidade, legalidade e a voluntariedade. A sentença está vinculada ao acordo na proporção do cumprimento dos deveres pelo arguido;
- As partes negociam a forma e as condições de se alcançar a verdade. Portanto, na colaboração premiada não há renúncia à formação da culpa;
- O colaborador deve apresentar as provas daquilo que declara ou indicá-las ao Estado, porque isoladamente suas declarações são imprestáveis;
- Os motivos que levam o arguido a colaborar não interessam ao Estado e não determinam o valor das provas obtidas com o acordo, porque o compromisso do Estado e do arguido será com a verdade provada;
- O tratamento desigual entre o colaborador e os demais arguidos é compatível com o princípio da isonomia;
- É válido o acordo celebrado entre Ministério Público e arguido preso;
- A colaboração premiada produz efeitos na esfera civil de responsabilidade, desde que homologada pelo juiz destinatário;
- O artigo 4º, incisos I a V da lei nº 12.850/13 prevê cláusulas obrigatórias ou principais a qualquer acordo de colaboração premiada. É possível incluir cláusulas acessórias se compatíveis com o sistema premial.

Portanto, no sistema acusatório público a participação do arguido na formação de sua própria culpa não significa partir para um “jogo de partes”³⁴³ típico do modelo *adversarial*, porque não é recomendável “uma decisão que surja como epifania inefável da graça do juiz”, à margem de toda a intervenção conformadora e legitimadora dos demais sujeitos processuais”³⁴⁴.

Quando o arguido participa da justiça no caso concreto ou quando aceita o caminho de conformação ética perante o Estado, compreenderá mais facilmente a punição para absorver as expectativas buscadas pelo sistema punitivo, com menos

³⁴³ Andrade, 1997, p. 326.

³⁴⁴ Fernandes, 2001, p. 140.

chances de reincidir³⁴⁵. Isso valoriza o arguido enquanto sujeito processual e contribui para sua ressocialização³⁴⁶.

E os “ventos da mudança” rapidamente se espalham nos países de cultura romano-germânica³⁴⁷, a desafiar algumas de suas sensibilidades jurídicas em maior escala que no pragmatismo do sistema processual anglo-americano³⁴⁸.

Portanto, conclusões radicais sobre o instituto devem ser analisadas com cautela, até porque “a flexibilização da perseguição penal estadual não pode hoje esgotar-se na discussão vulgar em termos de um sim ou não incondicionais”³⁴⁹.

³⁴⁵ Isasca, 1999, p. 7.

³⁴⁶ Torção, 2000, p. 17.

³⁴⁷ Diante da crise dos paradigmas tradicionais da política criminal, em especial dos modelos das escolas clássica e neoclássica (“modelo azul”) – típico de sociedades liberais, em que as penas buscam sentido nos postulados de retribuição e prevenção geral, e o processo penal tem no princípio da legalidade a medida da igualdade entre os cidadãos – e os modelos das escolas positivista ou moderna (“modelo vermelho”) – de Estado Providência e de ideal reabilitativo – é possível identificar um *paradigma emergente* na política criminal sustentado nas ideias de não intervenção penal ou menor possível, descriminalização, e diversão (desjudiciarização) como “forma de solução de conflitos jurídico-penais fora do sistema forma de aplicação da justiça penal” (Figueiredo Dias, 2005, pp. 56–69).

³⁴⁸ Damaska, 2010, p. 88.

³⁴⁹ Hünerfeld, 1978, p. 34.

Referências

- ALBERGARIA, Pedro Soares De - **Plea Bargaining - Aproximação à Justiça Negociada nos E.U.A.** Coimbra: Almedina, 2007. ISBN 9789724030852.
- ALEXY, Robert - **Teoría de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. ISBN 8425909392.
- ANDRADE, Mauro Fonseca - **Sistemas Processuais Penais e Seus Princípios Reitores.** Curitiba: Juruá, 2013. ISBN 9788536244716.
- ANTUNES, Maria João - **Direito Processual Penal.** Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 9789724065588.
- ARDIZZONE, Salvatore - L'associazione per delinquere in Italia: rilevanza normativa e caratteristiche strutturali. Em **Il Crimine Organizzato Come Fenomeno Transnazionale.** Freiburg: Iuscrim e Giuffrè, 2000. ISBN 3861139286. p. 181–227.
- ARLACCHI, Pino - **Addio Cosa Nostra: I segreti della mafia nella confessione di Tommaso Buscetta.** Milano: BUR - Biblioteca Universale Rizzoli, 1994. ISBN 9788817116435.
- ARQUILLA, John; RONFELDT, David - **Networks and Netwars: The Future of Terror, Crime, and Militancy.** Santa Monica: Rand, 2001. ISBN 0833030302.
- BACELAR GOUVEIA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional.** Lisboa: Almedina, 2014. ISBN 9789724053936.
- BADARÓ, Gustavo Henrique - **Processo Penal.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. ISBN 9788535276015.
- BAILY, Samuel L. - **Immigrants In The Lands of Promise: Italians in Buenos Aires and New York City, 1870-1914** [Em linha]. New York: Cornell University Press, 1999. Disponível em < <http://quod.lib.umich.edu>>. ISBN 9780801488825.
- BALTAZAR JR, José Paulo - Direito à Segurança e à Liberdade no âmbito da Investigação Criminal. Em CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio (Eds.) - **Limites Constitucionais da Investigação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. ISBN 9788520334720. p. 184–221.
- BARROS, Marco Antonio De - **A busca da verdade no processo penal.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. ISBN 9788520336991.

BARROSO, Luís Roberto - **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. ISBN 9788502072794.

BASTO, Antonio Figueiredo - **Críticas a delações premiadas são garantismo de ocasião** [Em linha]. 2017. [Consult. 17 jul. 2017]. Disponível em <www.conjur.com.br>.

BECCARIA, Cesare - **Dos delitos e das penas. tradução de: Dei delitti e delle pene, por José de Faria Costa**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998. ISBN 972310816x.

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio - Criminalidade ecenômica organizada. Em OLIVEIRA, William Terra de *et al.* (Eds.) - **Direito Penal Econômico, Estudos em Homenagem aos 75 anos do Prof. Klaus Tiedemann**. São Paulo: LiberArs, 2013. ISBN 8564783331. p. 175–189.

BITENCOURT, Cezar Roberto - **Manual de Direito Penal**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. ISBN 85-02-03107-4.

BOBBIO, Norberto - **Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto**. Milano: Edizioni di Comunità, 1977. ISBN Brochado.

BONAVIDES, Paulo - **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. ISBN 9788574206219.

BORGES, Francisco - Criminalidade organizada e cooperação judiciária em matéria penal na União Europeia: traços gerais. Em GOUVEIA, Jorge Bacelar (Ed.) - **Estudos de Direito e Segurança - Volume II**. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 9789724058368. p. 127–156.

BRANDALISE, Rodrigo Da Silva - **Justiça Penal Negociada - Negociação de Sentença Criminal e Princípios Processuais Relevantes**. Curitiba: [s.n.]. ISBN 978-85-362-5556-9.

BRAZ, José - **Investigação Criminal**. Coimbra: Coimbra, 2009. ISBN 9789724039794.

CAEIRO, Pedro - Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da «justiça absoluta» e o fetiche da «gestão eficiente» do sistema. **Revista do Ministério Público**. Lisboa. 84:21 (2000) 31–47.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da**

Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 9789724021065.

CARVALHO, Salo De; LIMA, Camile Eltz De - Delação premiada e confissão-filtros constitucionais e adequação sistemática. **Revista Jurídica.** [Em linha] 57:385 (2009) 123–138. Disponível em <www.rkladvocacia.com>.

CONDE, Francisco Muñoz - Los arrepentidos en el caso de la criminalidad o delincuencia organizada. Em CONRADI, Faustino Gutiérrez-Alviz (Ed.) - **La criminalidad organizada ante la justicia.** Sevilla: Universidad de Sevilla, 1996. ISBN 8447203522. p. 143–155.

CORRÊA FILHO, Helio Telho - Improbidade administrativa e a prova emprestada de outras esferas de responsabilidade. Em SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Eds.) - **A prova no enfrentamento à Macrocriminalidade.** 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. ISBN 9788544212196. p. 559–573.

CORREIA, Eduardo - **Direito Criminal (Vol I).** Coimbra: Almedina, 1997. ISBN 97897224001234.

COSTA, Eduardo Maia - Justiça Negociada: Do Logro da Eficiência à Degradação do Processo Equitativo. **Julgar.** ISSN 1646-6853. 19: Janeiro-Abril (2013) 87–97.

COSTA ANDRADE, Manuel Da - Consenso e Oportunidade. Em **CEJ: Jornadas de Direito Processual Penal. O novo código de processo penal.** Coimbra: Almedina, 1997. ISBN 9789724002576. p. 319–358.

COSTA ANDRADE, Manuel Da - **Sobre as proibições de prova em processo penal.** Coimbra: Coimbra, 2006. ISBN 9723206137.

COSTA PINTO, Frederico De Lacerda Da - **Direito Processual Penal.** Lisboa: AAFDL, 1998

COUTINHO, Jacinto Nelson De Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de - Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**2. Coimbra. 1:17 (2007) 95–106.

D'URSO, Luiz Flávio Borges - Delação premiada: proibição para quem está preso. **Delação premiada: proibição para quem está preso.** Porto Alegre. 11:jun-ago (2015) 64–66.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo - A visão moderna da prova indício. Em

SALGADO, Daniel De Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro De (Eds.) - **A prova no enfrentamento à Macrocriminalidade**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. ISBN 9788544212196. p. 105–128.

DAMASKA, Mirjan R. - **The state of justice and state authority: a comparative approach to the legal process**. New Haven: Yale University Press, 1986. ISBN 0300051190.

DAMASKA, Mirjan R. - Negotiated Justice in International Criminal Courts. Em THAMAN, Stephen C. (Ed.) - **World Plea Bargaining: Consensual Procedures and the Avoidance of the Full Criminal Trial**. Durha: Carolina Academic Press, 2010. ISBN 9781594605734. p. 81–106.

DINO, Nicolao - A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória. Em SALGADO, Daniel De Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro De (Eds.) - **A prova no enfrentamento à Macrocriminalidade**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. ISBN 9788544212196. p. 515–535.

ESSADO, Tiago Cintra - Delação Premiada e Idoneidade Provatória. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. 101:21 (2013) 203–227.

FACCINI NETO, Orlando; RAMIRES, Maurício - Refutando a indiferença do ceticismo: a estrutura narrativa dos casos penais e a função do juiz na produção da prova. Em SALGADO, Daniel De Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro De (Eds.) - **A prova no enfrentamento à Macrocriminalidade**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. ISBN 9788544212196. p. 27–52.

FALCONE, Giovanni - **Proposte e Interventi (1982-1992)**. Firenze: Sansoni, 1994. ISBN 9788838316159.

FANCHIOTTI, Vittorio - Origini e sviluppo della giustizia contrattata ‘nell’ordinamento statunitense. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano: Giuffrè, a. XXVII (Nuova Serie). 1 (1984) 56–101.

FELDENS, Luciano; STRECK, Lênio Luiz - **Crime e Constituição: A legitimidade da função investigatória do Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. ISBN 8530919564.

FELKENES, George T. - **The criminal justice system: its functions and personnel**.

New Jersey: Prentice Hall Englewood Cliffs, 1974. ISBN 9780131930520.

FERNANDES, Antonio Scarance - **Processo Penal Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. ISBN 9788520344378.

FERNANDES, Fernando - **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra - Coleção Teses: Almedina, 2001. ISBN 9789724015705.

FERRAJOLI, Luigi - **Derecho y razón**. Madrid: Trotta, 1995. ISBN 8487699944.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge De - Lei criminal e controlo da criminalidade. **Revista Ordem dos Advogados**. jan-dez (1976) 69–98.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge De - Os Novos Rumos da Política Criminal e o Direito penal português do Futuro. **Revista da Ordem dos Advogados**. I: jan-abril (1983) 5–40.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge De - Direito processual penal. Lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, coligidas por Maria João Antunes. Coimbra. 1988) 160.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge De - **Direito Processual Penal**. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, 1989.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge De - O direito penal entre a «sociedade industrial» e a «sociedade do risco». Em **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares**. Coimbra: Coimbra, 2001. ISBN 9723210509. p. 583–613.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge De - **Direito Penal - Questões fundamentais, a Doutrina Geral do Crime**. Coimbra: Coimbra, 2004. ISBN 9723212889.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge De - **Direito Penal Português**. Coimbra: Coimbra, 2005. ISBN 9723213532.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge De - Autonomia do Ministério Público e seu dever de prestar contas à comunidade: um equilíbrio difícil. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Coimbra. 2:17 (2007) 191–206.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge De - **Acordos sobre a Sentença em Processo Penal: o fim do Estado de Direito ou um novo «princípio»?** Porto: Ordem dos Advogados Portugueses - Conselho Distrital de Porto, 2011. ISBN 9789899606715.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge De; COSTA ANDRADE, Manuel Da - **Criminologia - O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. ISBN 9723200694.

FISCHER, Douglas - O que é garantismo penal (integral)? Em CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Eds.) - **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil**. Salvador: Juspodivm, 2010. ISBN 9788577612345. p. 25–49.

FISHER, George - **Plea Bargaining's Triumph: A History of Plea Bargaining in America**. Stanford: Stanford University Press, 2003. ISBN 9780804751353.

FLORA, Giovanni - **Il ravvedimento del concorrente**. Padova: Cedam, 1984. ISBN 9788813156039.

GAMBETTA, Diego - Mafia: The price of distrust. Em GAMBETTA, Diego (Ed.) - **Trust: Making and Breaking Cooperative Relations**. Oxford: Basil Blackwell, 1988. ISBN 0631175873. p. 158–175.

GARRIDO, Vicente; STANGELAND, Per; REDONDO, Santiago - **Principios de criminologia**. Valencia: Tirant lo blanch, 1999. ISBN 9788480027465.

GOMES, Rodrigo Carneiro - **O crime Organizado na Visão da Convenção de Palermo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. ISBN 853840006.

GÖSSEL, Karl-Heinz - A posição do defensor no processo penal de um estado de direito. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra. LIX:(1983) 241–283.

GRECO FILHO, Vicente - **Manual de Processo Penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 9788502134317.

GRECO FILHO, Vicente - **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei nº 12.850/13**. São Paulo: Saraiva, 2014. ISBN 9788502217799.

GRINOVER, Ada Pellegrini - O crime organizado no sistema italiano. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo. 3:12 (1995) 76–86.

HASSEMER, Winfried - Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada. **Revista de Ciencias Penales de Costa Rica**. (1994) 7–11.

HIRSCH, Andrew Von - El concepto de bien jurídico y el «Principio del Dano». Em HEFENDEHL, Roland (Ed.) - **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007. ISBN 9788497683586. p. 37–68.

HÜNERFELD, Peter - A pequena criminalidade e o processo penal. **Revista de**

Direito e Economia. Coimbra. 1:jan-jun (1978) 25–47.

IHERING, Rudolf Von - **A Luta pelo Direito. Tradução de João Vasconcelos.** 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. ISBN 8530901924.

ISASCA, Frederico - **Alteração substancial dos factos e sua relevância no processo penal português.** Coimbra: Coimbra, 1999. ISBN 9789724008899.

JACINTO, Francisco Teodósio - O Modelo de Processo Penal entre o inquisitório e o acusatório: repensar a intervenção judicial na comprovação da decisão de arquivamento. **Revista do Ministério Público.** Lisboa. 118:30 (2009) 5–44.

JAKOBS, Günther - El principio de culpabilidad. **Anuario de derecho penal y ciencias penales.** . ISSN 0210-3001. 1961:1 (1992) 1051–1084.

KHALED JR., Salah Hassan - O Sistema Processual Penal brasileiro: acusatório, misto ou inquisitório? **Revista Civitas.** 10:2 (2010) 293–308.

KINZIG, Jürg - La criminalità organizzata e le sue infiltrazioni nella politica, nell'economia, e nella giustizia in Germania. Em MILITELO, Vincenzo; PAOLI, Letizia; ARNOLD, Jürg (Eds.) - **Il Crimine Organizzato Come Fenomeno Transnazionale.** Freiburg: Iuscrim e Giuffrè, 2000. ISBN 3861139286. p. 267–271.

KOBOR, Susanne - **Bargaining in the Criminal Justice Systems of the United States and Germany: matter of justice and administrative efficiency within legal, cultural context.** Bern, Switzerland: «Peter Lang», 2008. ISBN 9783631565070.

LANGER, Máximo - From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. Em THAMAN, Stephen C. (Ed.) - **World Plea Bargaining: Consensual Procedures and the Avoidance of the Full Criminal Trial.** Durham: Carolina Academic Press, 2010. ISBN 9781594605734. p. 3–80.

LEAL, Celso Costa Lima Verde - Aspectos procedimentais da delação premiada e a nova Lei de Lavagem de Dinheiro. Em VITORELLI, Edilson (Ed.) - **Temas Aprofundados do Ministério Público Federal.** 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013. ISBN 9788577617814. p. 936.

LEITE, Inês Ferreira - «Arrependido»: a colaboração processual do co-arguido na investigação criminal. Em PALMA, Maria Fernanda; SILVA DIAS, Augusto; SOUSA MENDES, Paulo (Ed.) - **2º Congresso de Investigação Criminal.** Coimbra

: Almedina, 2010. p. 381–410.

LEMOS JUNIOR, Arthur Pinto De; OLIVEIRA, Beatriz Lopes De - **Crime organizado e a Lei n.º 12.850/13**. São Paulo: Verbatim, 2014. ISBN 9788583990017.

LIMA, Márcio Barra - A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à atividade estatal de persecução criminal. Em CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Eds.) - **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil**. Salvador: Juspodivm, 2010. ISBN 9788577612345. p. 430.

MARQUES, Antonio Sergio Peixoto - A Colaboração Premiada : um Braço da Justiça Penal Negociada. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**. [Em linha] (60:2014) 1–16. Disponível em <www.magisteronline.com.br>.

MARQUES GUEDES, Armando - As ‘redes sociais’ digitais, a participação «política» e a segurança. **Revista do Governo Civil de Lisboa**. Lisboa. (2009) 52.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva - **Probidade Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001. ISBN 8502032089.

MATTA, Paulo Saragoça - Delação Premiada... O Regresso da Tortura! (2017) 1–62. Disponível em <www.academia.edu>.

MAYOR M, Pedro Juan - Concepcion Criminologica de la Criminalidad Organizada Contemporanea. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**1. São Paulo. 25:7 (1999) 216–225.

MEHRENS, Stefanie - La disciplina tedesca sui collaboratori di giustizia per i reati commessi in forma organizzata (art. 5 l. sui collaboratori di giustizia). Em **Il Crimine Organizzato Come Fenomeno Transnazionale**. Freiburg: Iuscrim e Giuffrè, 2000. ISBN 3861139286. p. 341–344.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet - **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. ISBN 978854720367.

MENDONÇA, Andrey Borges De - A colaboração premiada e a criminalidade organizada: a confiabilidade das declarações do colaborador e seu valor probatório. Em SALGADO, Daniel De Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro De (Eds.) - **A**

prova no enfrentamento à Macrocriminalidade. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. ISBN 9788544212196. p. 231–277.

MILITELLO, Vincenzo - Agli Albori di un diritto penale comune in Europa: il contrasto al crimine organizzato. Em MILITELLO, Vincenzo; PAOLI, Letizia; ARNOLD, Jörg (Ed.) - **Il Crimine Organizzato Come Fenomeno Transnazionale.** Freiburg: Iuscrim e Giuffrè, 2000. ISBN 3861139286. p. 3–62.

MOLINA, Antonio García-Pablos De - Introdução aos fundamentos teóricos da criminologia. Em CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio (Eds.) - **Criminologia.** 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. ISBN 978-85-203-3818-6. p. 33–462.

MONTESQUIEU - **O espírito das leis.** São Paulo: Martins Fontes, 2005. ISBN 8533621159.

MONTOYA, Mario Daniel - **Máfia e crime organizado: aspectos legais, autoria imediata, responsabilidade penal das estruturas organizadas de poder, atividades criminosas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. ISBN 9788537500576.

MOREIRA, Romulo De Andrade - **Mais Uma Vez a Questão da Ética do Promotor de Justiça Criminal nos Estados Unidos** [Em linha], atual. 2015. [Consult. 20 out. 2016]. Disponível em <emporiododireito.com.br>.

MOROSINI, Piergiorgio - Le infiltrazioni mafiose negli appalti pubblici: associazione per delinquere e concorso esterno di politici ed imprenditori. Em MILITELLO, Vincenzo; PAOLI, Letizia; ARNOLD, Jörg (Ed.) - **Il Crimine Organizzato Come Fenomeno Transnazionale.** Freiburg: Iuscrim e Giuffrè, 2000. ISBN 3861139286. p. 273–285.

MUSCO, Enzo - Los colaboradores de la justicia entre el pentitismo y la calumnia: problemas y perspectivas. **Revista Penal Eletrônica, Universidade de Hueiva, Salamanca, Universidade de Castilla - La Mancha.** Salamanca. [Em linha] 2:1998 35–49. Disponível em <www.cienciaspenales.net>.

NAÇÕES UNIDAS - **A more secure world: our shared responsibility - Report of the High-level Panel on Threats, Challenges and Change** [Em linha]. [S.l.]: United Nations, 2004 [Consult. 5 jan. 2017]. Disponível em <www.un.org>.

NEVES, Sheilla Maria Da Graça Coitinho Das - A Investigação Criminal Conduzida

pelo Ministério Público: uma Contribuição no Combate ao Crime Organizado. **Revista de Ciências Penais**. São Paulo. (14:2011) 496.

NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Fundamentais: Trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra, 2006. ISBN 9723214451.

OLIVEIRA, Marlus H.Arns de - O papel do advogado frente à colaboração premiada: a colaboração premiada sob a luz do novo Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil. **Revista do Advogado**. 129:XXXVI (2016) 87–97.

PADOVANI, Marcelle; FALCONE, Giovanni - **Coisas da Cosa Nostra: A máfia vista por seu pior inimigo**. Rio de Janeiro: Rocco, 2012. ISBN 9788532527622.

PADOVANI, Tullio - La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a propósito delle nuove ipotesi di «ravvedimento». **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale** 1. Milano. 24:2 (1981) 529–545.

PAOLI, Letizia - Il crimine organizzato in Itália e in Germania. Em MILITELLO, Vincenzo; PAOLI, Letizia; ARNOLD, Jörg (Ed.) - **Il Crimine Organizzato Come Fenomeno Transnazionale**. Freiburg: Iuscrim e Giuffrè, 2000. ISBN 3861139286. p. 85–122.

PAZZAGLINI FILHO, Marino - **Lei de improbidade administrativa comentada**: São Paulo: Atlas, 2002. ISBN 8522432252.

PEREIRA, Frederico Valdez - **Delação Premiada: legitimidade e procedimento**. Curitiba: Juruá, 2013. ISBN 9788536241326.

PIMENTA, José da Costa - **Código de Processo Penal Anotado**. 2ª ed. Lisboa: [s.n.]. ISBN 9728130074.

PROENÇA GARCIA, Francisco - **Da guerra e da estratégia: a nova Polemologia**. Lisboa: Prefácio, 2010. ISBN 9789896520519.

RIVA, Carlo Ruga - I collaboratori di giustizia e la connessa legislazione premiale in Itália ed in altri ordinamento europei. Em MILITELLO, Vincenzo; PAOLI, Letizia; ARNOLD, Jörg (Ed.) - **Il Crimine Organizzato Come Fenomeno Transnazionale**. Freiburg: Iuscrim e Giuffrè, 2000. ISBN 3861139286. p. 345–394.

RODRIGUES, Anabela Miranda - Os processos sumários e sumaríssimo ou a celeridade e o consenso no código de processo penal. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Coimbra. 4:6 (1996) 525–544.

RODRIGUES, Anabela Miranda - A Fase Preparatória do Processo Penal - tendências na Europa. Caso Português. Em **Estudos em Homenagem ao Prof: Doutor Rogério Soares**. Coimbra: Coimbra, 2001. ISBN 9723210509. p. 941–961.

RODRIGUES, Anabela Miranda - Criminalidade Organizada - que política criminal? Em **Themis - Revista da Faculdade de Direitos da UNL**. Lisboa: Almedina, 2003. ISBN 9789724019314v. 6. p. 29–46.

RODRIGUES, Anabela Miranda - Política Criminal - Novos Desafios, Velhos Rumos. **Revista Lusíada**. Lisboa. 3:2 (2005) 15–37. ISSN 08722498.

ROSS, Jacqueline E. - The Entrenched Position of Plea Bargaining in United States Legal Practice. Em THAMAN, Stephen C. (Ed.) - **World Plea Bargaining: Consensual Procedures and the Avoidance of the Full Criminal Trial**. Durham: Carolina Academic Press, 2010. ISBN 9781594605734. p. 107–123.

ROXIN, Claus - **Problemas fundamentais de Direito Penal**. Lisboa: Vega, 1998. ISBN 9726991579.

ROXIN, Claus - **Fundamentos político-criminales del derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2008. ISBN 9789507413506.

RUGGIERO, Vincenzo - **Delitos de los débiles y de los poderosos: ejercicios de anticriminología**. Colección criminologías. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005. ISBN 9789508944849.

SANCTIS, Fausto Martins De - **Crime Organizado e Lavagem de Dinheiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 9788502616653.

SANTIN, Valter Foletto - **O Ministério Público na investigação criminal**. São Paulo: Edipro, 2001. ISBN 9788572833288.

SANTOS, Cláudia Cruz; BIDINO, Claudio; MELO, Débora Thaís De - **A Corrupção - Reflexões sobre seu Regime Jurídico Criminal em Expensão no Brasil e em Portugal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. ISBN 9789723217162.

SANTOS, Lino; MARQUES GUEDES, Armando - Breves reflexões sobre o poder e o ciberespaço. **Revista de Direito e Segurança**. Lisboa. (6:2015) 189–209.

SBRICCOLI, Mario - Giustizia criminale. Em **Lo Stato moderno in Europa: istituzioni e diritto**. Roma: Laterza, 2002. ISBN 8842067288. p. 163–205.

SCHMITT, Carl - **Teoria de La Constitucion**. Madrid: Alianza, 2001. ISBN

9788420680576.

SCHNEIDER, Hans Joachim - Recientes investigaciones criminológicas sobre la criminalidad organizada. **Revista de derecho penal y criminología**. Madrid.(3:1993) 723–746.

SHELLEY, Louise - **The Globalization of Crime and Terrorism** [Em linha], atual. 2008. [Consult. 25 out. 2016]. Disponível em <www.iipdigital.usembassy.gov>.

SILVA, Eduardo Araújo - **Crime Organizado, procedimento probatório**. São Paulo: Atlas, 2003. ISBN 9788522435265.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María - **La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. Madrid: Civitas, 2001. ISBN 8447016617.

SIMON, John Anthony - O Ministério Público nos Estados Unidos da América. **Jus. Revista Jurídica do Ministério Público, Belo Horizonte**. a.21 v.10 n.10 (1990). Belo Horizonte. (1988) 140–147.

STEFANI, Eraldo - **La difesa attiva nel giudizio abbreviato e nel patteggiamento: i riti alternativi sotto il profilo pratico-operativo**. Milano: Giuffrè, 1994. ISBN 8814050236.

SUTHERLAND, Edwin Hardin. - **White Collar Crime: The Uncut Version**. New Haven: Yale University Press, 1983. ISBN 0300029217.

TEIXEIRA, Carlos Adérito - **Princípio da Oportunidade: manifestação em sede processual penal e a sua conformação jurídico-constitucional**. Coimbra: Almedina, 2000. ISBN 9724012689.

THAMAN, Stephen C. - **World Plea Bargaining: Consensual Procedures and the Avoidance of the Full Criminal Trial**. Durham: [s.n.]. ISBN 9781594605734.

TOKATLIÁN, Juan Gabriel - **Globalización, narcotráfico y violencia : siete ensayos sobre Colombia**. Buenos Aires: Norma, 2000. ISBN 9879334671.

TORRÃO, Fernando José Dos Santos Pinto - **A relevância Político-Criminal da Suspensão Provisória do Processo**. Coimbra: Almedina, 2000. ISBN 9789724012827.

TUCCI, Rogério Lauria - **Teoria do Direito Processual Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. ISBN 8520323197.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - **Regime Jurídico da Investigação Criminal**. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 9724020045.

VARESE, Federico - **Máfias on the move**. New Jersey: Princeton University Press, 2013. ISBN 978691128559.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique - **Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral**. 5^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. ISBN 8520325378.

Anexo I

LEI Nº 12.850, DE 2 DE AGOSTO DE 2013.

CAPÍTULO I

DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

§ 2º Esta Lei se aplica também:

I - às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

II - às organizações terroristas internacionais, reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo, bem como os atos preparatórios ou de execução de atos terroristas, ocorram ou possam ocorrer em território nacional.

II - às organizações terroristas, entendidas como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos. (Redação dada pela lei nº 13.260, de 2016)

Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa.

§ 2º As penas aumentam-se até a metade se na atuação da organização criminosa houver emprego de arma de fogo.

§ 3º A pena é agravada para quem exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução.

§ 4º A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços):

I - se há participação de criança ou adolescente;

II - se há concurso de funcionário público, valendo-se a organização criminosa dessa condição para a prática de infração penal;

III - se o produto ou proveito da infração penal destinar-se, no todo ou em parte, ao exterior;

IV - se a organização criminosa mantém conexão com outras organizações criminosas independentes;

V - se as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade da organização.

§ 5º Se houver indícios suficientes de que o funcionário público integra organização criminosa, poderá o juiz determinar seu afastamento cautelar do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à investigação ou instrução processual.

§ 6º A condenação com trânsito em julgado acarretará ao funcionário público a perda do cargo, função, emprego ou mandato eletivo e a interdição para o exercício de função ou cargo público pelo prazo de 8 (oito) anos subsequentes ao cumprimento da pena.

§ 7º Se houver indícios de participação de policial nos crimes de que trata esta Lei, a Corregedoria de Polícia instaurará inquérito policial e comunicará ao ministério público, que designará membro para acompanhar o feito até a sua conclusão.

CAPÍTULO II

DA INVESTIGAÇÃO E DOS MEIOS DE OBTENÇÃO DA PROVA

Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

I - colaboração premiada;

II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;

III - ação controlada;

IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;

V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;

VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica;

VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;

VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

§ 1º Havendo necessidade justificada de manter sigilo sobre a capacidade investigatória, poderá ser dispensada licitação para contratação de serviços técnicos especializados, aquisição ou locação de equipamentos destinados à polícia judiciária para o rastreamento e obtenção de provas previstas nos incisos II e V. (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015)

§ 2º No caso do § 1º, fica dispensada a publicação de que trata o parágrafo único do art. 61 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, devendo ser comunicado o órgão de controle interno da realização da contratação. (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015)

Seção I

Da Colaboração Premiada

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de

direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

§ 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o ministério público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do ministério público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

§ 3º O prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional.

§ 4º Nas mesmas hipóteses do caput, o ministério público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:

I - não for o líder da organização criminosa;

II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

§ 5º Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

§ 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do ministério público, ou, conforme o caso, entre o ministério público e o investigado ou acusado e seu defensor.

§ 7º Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.

§ 8º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto.

§ 9º Depois de homologado o acordo, o colaborador poderá, sempre acompanhado pelo seu defensor, ser ouvido pelo membro do ministério público ou pelo delegado de polícia responsável pelas investigações.

§ 10. As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.

§ 11. A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia.

§ 12. Ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial.

§ 13. Sempre que possível, o registro dos atos de colaboração será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações.

§ 14. Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.

§ 15. Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor.

§ 16. Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.

Art. 5º São direitos do colaborador:

- I - usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica;
- II - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados;
- III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes;
- IV - participar das audiências sem contato visual com os outros acusados;
- V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito;
- VI - cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

Art. 6º O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter:

- I - o relato da colaboração e seus possíveis resultados;
- II - as condições da proposta do ministério público ou do delegado de polícia;
- III - a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor;
- IV - as assinaturas do representante do ministério público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor;
- V - a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

Art. 7º O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto.

§ 1º As informações pormenorizadas da colaboração serão dirigidas diretamente ao juiz a que recair a distribuição, que decidirá no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

§ 2º O acesso aos autos será restrito ao juiz, ao ministério público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.

§ 3º O acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, observado o disposto no art. 5o.

Seção II

Da Ação Controlada

Art. 8º Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.

§ 1º O retardamento da intervenção policial ou administrativa será previamente comunicado ao juiz competente que, se for o caso, estabelecerá os seus limites e comunicará ao ministério público.

§ 2º A comunicação será sigilosamente distribuída de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetuada.

§ 3º Até o encerramento da diligência, o acesso aos autos será restrito ao juiz, ao ministério público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações.

§ 4º Ao término da diligência, elaborar-se-á auto circunstanciado acerca da ação controlada.

Art. 9º Se a ação controlada envolver transposição de fronteiras, o retardamento da intervenção policial ou administrativa somente poderá ocorrer com a cooperação das autoridades dos países que figurem como provável itinerário ou destino do investigado, de modo a reduzir os riscos de fuga e extravio do produto, objeto, instrumento ou proveito do crime.

Seção III

Da Infiltração de Agentes

Art. 10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo ministério público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será

precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.

§ 1º Na hipótese de representação do delegado de polícia, o juiz competente, antes de decidir, ouvirá o ministério público.

§ 2º Será admitida a infiltração se houver indícios de infração penal de que trata o art. 1º e se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis.

§ 3º A infiltração será autorizada pelo prazo de até 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada sua necessidade.

§ 4º Findo o prazo previsto no § 3º, o relatório circunstanciado será apresentado ao juiz competente, que imediatamente cientificará o ministério público.

§ 5º No curso do inquérito policial, o delegado de polícia poderá determinar aos seus agentes, e o ministério público poderá requisitar, a qualquer tempo, relatório da atividade de infiltração.

Art. 11. O requerimento do ministério público ou a representação do delegado de polícia para a infiltração de agentes conterão a demonstração da necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes e, quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração.

Art. 12. O pedido de infiltração será sigilosamente distribuído, de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetivada ou identificar o agente que será infiltrado.

§ 1º As informações quanto à necessidade da operação de infiltração serão dirigidas diretamente ao juiz competente, que decidirá no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, após manifestação do ministério público na hipótese de representação do delegado de polícia, devendo-se adotar as medidas necessárias para o êxito das investigações e a segurança do agente infiltrado.

§ 2º Os autos contendo as informações da operação de infiltração acompanharão a denúncia do ministério público, quando serão disponibilizados à defesa, assegurando-se a preservação da identidade do agente.

§ 3º Havendo indícios seguros de que o agente infiltrado sofre risco iminente, a operação será sustada mediante requisição do ministério público ou pelo delegado de polícia, dando-se imediata ciência ao ministério público e à autoridade judicial.

Art. 13. O agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados.

Parágrafo único. Não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa.

Art. 14. São direitos do agente:

I - recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada;

II - ter sua identidade alterada, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 9º da Lei no 9.807, de 13 de julho de 1999, bem como usufruir das medidas de proteção a testemunhas;

III - ter seu nome, sua qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais preservadas durante a investigação e o processo criminal, salvo se houver decisão judicial em contrário;

IV - não ter sua identidade revelada, nem ser fotografado ou filmado pelos meios de comunicação, sem sua prévia autorização por escrito.

Seção IV

Do Acesso a Registros, Dados Cadastrais, Documentos e Informações

Art. 15. O delegado de polícia e o ministério público terão acesso, independentemente de autorização judicial, apenas aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito.

Art. 16. As empresas de transporte possibilitarão, pelo prazo de 5 (cinco) anos, acesso direto e permanente do juiz, do ministério público ou do delegado de polícia aos bancos de dados de reservas e registro de viagens.

Art. 17. As concessionárias de telefonia fixa ou móvel manterão, pelo prazo de 5 (cinco) anos, à disposição das autoridades mencionadas no art. 15, registros de identificação dos números dos terminais de origem e de destino das ligações telefônicas internacionais, interurbanas e locais.

Seção V

Dos Crimes Ocorridos na Investigação e na Obtenção da Prova

Art. 18. Revelar a identidade, fotografar ou filmar o colaborador, sem sua prévia autorização por escrito: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Art. 19. Imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 20. Descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam a ação controlada e a infiltração de agentes: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 21. Recusar ou omitir dados cadastrais, registros, documentos e informações requisitadas pelo juiz, ministério público ou delegado de polícia, no curso de investigação ou do processo: Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem, de forma indevida, se apossa, propala, divulga ou faz uso dos dados cadastrais de que trata esta Lei.

CAPÍTULO III

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 22. Os crimes previstos nesta Lei e as infrações penais conexas serão apurados mediante procedimento ordinário previsto no Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), observado o disposto no parágrafo único deste

artigo. Parágrafo único. A instrução criminal deverá ser encerrada em prazo razoável, o qual não poderá exceder a 120 (cento e vinte) dias quando o réu estiver preso, prorrogáveis em até igual período, por decisão fundamentada, devidamente motivada pela complexidade da causa ou por fato procrastinatório atribuível ao réu.

Art. 23. O sigilo da investigação poderá ser decretado pela autoridade judicial competente, para garantia da celeridade e da eficácia das diligências investigatórias, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento. Parágrafo único. Determinado o depoimento do investigado, seu defensor terá assegurada a prévia vista dos autos, ainda que classificados como sigilosos, no prazo mínimo de 3 (três) dias que antecedem ao ato, podendo ser ampliado, a critério da autoridade responsável pela investigação.

Art. 24. O art. 288 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar com a seguinte redação:

“Associação Criminosa

Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.” (NR)

Art. 25. O art. 342 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 342.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

.....” (NR)

Art. 26. Revoga-se a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995.

Art. 27. Esta Lei entra em vigor após decorridos 45 (quarenta e cinco) dias de sua publicação oficial.